

UNIVERSIDADE DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO

**OS CONTEÚDOS GERADOS PELO UTILIZADOR E O
DIREITO DE AUTOR**

João Francisco Sá

Dissertação

Mestrado em Ciências Jurídicas – Direito Intelectual

Orientação:

Prof. Doutor José Alberto Vieira

2017

Resumo

A presente obra pretende analisar a importância dos Conteúdos Gerados pelo Utilizador (CGU) para a prática do Direito de Autor, uma vez que existem diversas questões importantes e que influenciam o dia-a-dia de todos os internautas.

Assim, cumpre saber de que se trata um *CGU*, e quais são os variados tipos de existem. Em seguida, será importante analisar de que forma é que os CGU se encaixam com o direito de autor e se se tratam de obras protegidas. Neste ponto iremos tentar responder à problemática teórico do que constitui efetivamente e neste âmbito qual o patamar para obtenção de proteção nos sistemas do *droit d'auteur*.

Após chegar a conclusões sobre quais são os CGU que se cumprem os requisitos de originalidade, importará esclarecer quem é o autor, a quem pertencem os direitos e de que forma é que eles poderão ser exercidos, com especial enfoque para os direitos pessoais, na medida em que as jurisdições anglo-saxónicas apresentam diferenças de regime.

Será ainda analisar a questão de saber o que acontece quando CGU resulta não numa obra original, mas uma reprodução de uma obra pertencente a terceiro, nomeadamente saber em que situações é que as utilizações livres se aplicam no âmbito dos CGU e em especial analisar a problemática do uso privado e tentar perceber quando se verifica e em que medida é que este poderá ser partilhado e com quem e em que meios.

As obras derivadas assumem uma grande importância no âmbito dos CGU uma vez que, fruto da cultura *remix*, os utilizadores da Internet começaram a partilhar transformações e adaptações das obras de terceiros, muitas vezes sem pedir autorização prévia ao esses titulares. Neste ponto, em particular iremos efetuar uma comparação com a realidade norte-americana visto que existem variados casos judiciais sobre os CGU.

Por fim, iremos analisar que respostas futuras é que a União Europeia se prepara para dar e se são as mais correta.

Palavras-chaves: Internet, Conteúdos Gerados pelo Utilizador, Uso Privado, Reprodução, Download, Upload, Comunicação ao Público, Direito de Autor

Abstract

The present work intends to analyze the importance of the User Generated Content (CGU) for the practice of Copyright, since there are several important issues that influence the day to day of all Internet users.

So you have to know what a CGU is about, and what the various types are. Next, it will be important to analyze how CGUs fit into copyright and whether they are protected works. At this point we will try to answer the theoretical problematic of what constitutes effectively and in this scope what level to obtain protection in the droit d'auteur systems.

After arriving at conclusions on which are the CGUs that fulfill the requirements of originality, it will be important to clarify who the author is, to whom the rights belong and how they can be exercised, with special focus on personal rights, as far as in which the Anglo-Saxon jurisdictions present regime differences.

It is also necessary to analyze the question of what happens when CGU results not from an original work, but a reproduction of a work belonging to a third party, namely to know in which situations free uses apply in the framework of the CGU and in particular to analyze the problematic Of private use and try to understand when and to what extent it can be shared and with whom and in what ways.

Derivative works are of great importance in CGU since, as a result of the remix culture, Internet users have begun to share transformations and adaptations of the works of others, often without asking prior authorization from those users. At this point, in particular, we will make a comparison with the American reality since there are several judicial cases about the CGU.

Finally, we will analyze what future responses the EU is preparing to give and if they are the most correct.

Keywords: Internet, User Generated Content, Private Use, Reproduction, Download, Upload, Public Communication, Copyright

Índice

CAPÍTULO I — INTRODUÇÃO	7
1.1. O digital, a Internet e o Direito de Autor	7
1.2. A Web 2.0: do utilizador passivo ao pró-ativo	9
1.3. Delimitação concetual	11
1.3.1. Os “conteúdos”	11
1.3.2. A “criação”	12
1.3.3. Os “utilizadores”	12
1.4. Tipologias	14
1.4.1. Textos literários, incluindo ficção de fã	14
1.4.2. Imagens, incluindo fotografia	15
1.4.3. Audiovisual, incluindo vídeos	15
1.4.4. Jornalismo cidadão	16
1.4.5. Conteúdo educacional	17
1.4.6. Conteúdo virtual	17
1.5. Definição da problemática a abordar: da relevância jurídica	18
CAPÍTULO II — CRIAÇÃO, CRIATIVIDADE E TITULARIDADE NOS CGU	21
2.1. A criação	21
2.2. A criatividade	23
2.3. Titularidade	35
2.2.1. O standard da autoria singular	37
2.2.2. Os casos específicos	42
2.2.2.1. A obra derivada	42
2.2.2.2. A obra compósita	43
2.2.2.3. As obras de colaboração e coletiva	44
2.2.3. Aquisição originária e direitos pessoais	45
2.2.4. Breves considerações sobre o exercício dos direitos pessoais	49
2.2.5. Casos de estudo: o jornalismo cidadão e as wiki	50
CAPÍTULO III — A REPRODUÇÃO DE OBRAS PROTEGIDAS E OS CGU	54
3.1. Breves considerações sobre o direito de reprodução e as utilizações livres	54
3.2. Jornalismo, educação e citação	55
3.3. Paródia	57
3.4. Uso privado	59
3.4.1. O âmbito “privado”	64
3.4.2. Limite ou exceção?	66

3.5. A regra dos 3 passos: fair use na Europa?	69
3.5.1. Certos casos especiais	72
3.5.2. Inexistência de prejuízo na exploração normal da obra	73
3.5.3. Prejuízo injustificado aos legítimos interesses do autor	74
CAPÍTULO IV — A OBRA DERIVADA E OS CGU	77
4.1 Considerações iniciais	77
4.2. Modificação e transformação	79
4.3. A realidade dos CGU nos E.U.A.: o fair use	83
CAPÍTULO V — POSSÍVEIS RESPOSTA DA UNIÃO EUROPEIA	89
CAPÍTULO V — CONCLUSÃO	94
Bibliografia consultada	96

CAPÍTULO I – INTRODUÇÃO

No presente capítulo iremos apresentar as origens da problemática dos Conteúdos Gerados pelo Utilizador (de agora em diante, CGU) para o Direito de Autor, incluindo as suas raízes tecnológicas

1.1. O digital, a Internet e o Direito de Autor

As novas tecnologias têm vindo a levantar desafios cada vez maiores ao Direito de Autor¹ e a digitalização e o advento da Internet, com um nível de penetração global, não foram exceção, criando tensões entre diversos grupos societários.

A digitalização facilitou e permitiu que a **reprodução** de obras protegidas por direito de autor seja feita em grande número, com custos reduzidos e de forma fácil para um utilizador comum e, dada a massificação dos computadores pessoais e outros aparelhos eletrónicos com capacidade de computação, por um elevado número de pessoas. As cópias efetuadas são de elevadíssima qualidade² e o formato físico perde importância^{3, 4}.

¹ LESSIG, Lawrence, “Free Culture”, The Penguin Press, New York, 2004, p. 66 e ss.

² Sendo até possível a reprodução sem qualquer perda de qualidade.

³ Em 2015, 45% das receitas da Indústria Musical provieram de fontes digitais e 39% de vendas físicas, exceção para o Japão, onde o mercado físico de música ainda corresponde a 75% das vendas, de acordo com as estatísticas globais da Federação Internacional da Indústria Fonográfica, disponíveis em <http://www.ifpi.org/facts-and-stats.php>, consultado a 7 de fevereiro de 2017.

⁴ Neste sentido, concluindo que estes dois fatores levaram ao aumento da pirataria, WINTER, Djônata e ROVER, Aires J., “A Revolução Tecnológica Digital e a Proteção da Propriedade Intelectual” in Propriedade Intelectual & Internet, coordenação Marcos Wachowicz, Curitiba, Juruá Editora, 2002, p. 78

A massificação do acesso à Internet e o imediatismo das redes de telecomunicações globalizou o acesso e partilha de informação e permitiu a disponibilização e distribuição de obras protegidas a um público que não conhece fronteiras⁵.

A conjugação destas duas realidades resultou no surgimento de diversos problemas jurídico-autorais.

Em primeiro lugar surgiram dúvidas interpretativas e de aplicação do direito na medida em que era necessário aplicar normas e preceitos jurídicos antigos a novas situações de facto. Era pois importante definir o âmbito jurídico de vários conceitos em ambiente digital, tais como os de *reprodução* ou *comunicação ao público*. Adicionalmente era importante clarear as limitações ou exceções ao direito de autor aplicáveis ao digital.

Posteriormente, algumas destas respostas jurisprudenciais surgiram no âmbito de processos judiciais desencadeados por vários *stakeholders*, pelo que destacamos o caso *Napster*⁶ e os vários casos relacionados com as tecnologias *peer to peer*⁷.

Adicionalmente, surgiram ainda respostas legislativas para fazer face às novas realidades de facto. A nível internacional, surgiu o *WIPO Copyright Treaty*, de 1996, que inspirou o norte-americano *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA) de 1998 e a Diretiva 2001/29/CE sobre aspetos do direito de autor e direitos conexos na Sociedade da Informação (apelidada de Diretiva *InfoSoc*) de 2001.

No entanto, as alterações legislativas não deram resposta a variadas questões jurídico-autorais na Internet, tanto num plano teórico como num plano prático. Veja-se a expansão da regulação do direito de autor que operou com a Diretiva *InfoSoc* e que passou a dispor sobre atos de reprodução meramente técnicos ou as limitações à inclusão de exceções

⁵ Neste sentido, STOKES, Simon, “Digital Copyright Law and Practice”, 4ª edição, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2014, p. 11. Para uma análise mais desenvolvida de seis desafios levantados pelo digital no Direito de Autor *vide* SAMUELSON, Palmela, “Digital Media and the Changing Face of Intellectual Property Law” in Rutgers Computer and Technology Law Journal, Vol. 16, 1990, p. 323 e ss.

⁶ O caso *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004 (2001), deu uma primeira resposta judicial à partilha de ficheiros através de redes peer-to-peer (p2p), embora muitos processos estejam ainda hoje em curso, como por exemplo, o caso *Pirate Bay*.

⁷ Sobre este assunto aconselhamos a consulta de VIEIRA, José Alberto, “Download de obra protegida pelo Direito de autor e uso privado”, in Centenário do Nascimento do Professor Doutor Paulo Cunha”, Almedina, 2012, págs. 520-568 e ainda GOMES, Paulo Jorge, “A Partilha de Ficheiros na Internet e o Direito de Autor”, Instituto Açoriano de Cultura, 2011.

adicionais⁸. No plano de facto, tais complexidades foram complementadas por soluções contratuais celebradas entre os titulares dos websites e os seus usuários, através de termos e condições e, em particular, do licenciamento de direitos autorais sobre as obras criadas pelos utilizadores.

Estas soluções contratuais, estabelecidas caso a caso, não permitiram ainda assim estabelecer um enquadramento legal que fosse de fácil compreensão e implementação num ambiente online, pelo que surgiram soluções de licenciamento com um pendor universalista, inspiradas pelo movimento *Copyleft*, tal como o projeto *Creative Commons*.

1.2. A Web 2.0: do utilizador passivo ao pró-ativo

O advento da Web 2.0, acrescentou um terceiro grau de complexidade à relação entre tecnologia e Direito de Autor, já que se alteraram as formas tradicionais de criação de conteúdos em rede, na medida em que estes passaram a ser editados e criados de baixo para cima, sendo que os próprios utilizadores são criadores e não meros espectadores passivos.

Ao longo dos últimos anos, vários autores têm vindo a definir a *web 2.0* de diversas formas. De acordo com Tim O'Reilly⁹, o conceito de *web 2.0* não apresenta uma fronteira clara, mas antes um núcleo gravítico¹⁰. Dos sete princípios identificados pelo autor, destacamos, *i*) bases de dados que enriquecem à medida que mais utilizadores as usam, *ii*) confiança nos utilizadores como co-desenvolvedores e *iii*) aproveitamento de inteligência coletiva¹¹.

Dando um passo atrás, se a digitalização facilitou a reprodução de obras e a Internet permitiu a sua difusão global, foi no entanto a *web 2.0* que levou à criação e disseminação

⁸ Veja-se a crítica pelas restrições criadas ao direito de citação na Diretiva InfoSoc, ASCENSÃO, José de Oliveira, "Sociedade da Informação e Mundo Globalizado" in *Propriedade Intelectual & Internet*, coordenação Marcos Wachowicz, Curitiba, Juruá Editora, 2002, p. 26 e 27.

⁹ Embora não tenha sido pioneiro, Tim O'Reilly popularizou o uso da expressão "*web 2.0*".

¹⁰ "Like many important concepts, Web 2.0 doesn't have a hard boundary, but rather, a gravitational core." cit. O'REILLY, Tim, "What Is Web 2.0: Design Patterns and Business Models for the Next Generation of Software" in *Communications & Strategies*, nº 65, primeiro trimestre 2007, p. 18

¹¹ Deixamos de parte os restantes princípios identificados na medida em que o seu contexto de aplicação é o empresarial e não o jurídico, revestindo-se de menor importância para o assunto que aqui nos trás, ibid. p. 36-37.

de várias plataformas online que tinham como objetivo primordial permitir aos seus utilizadores serem eles mesmos criadores.

A par destas novidades de carácter estrutural, criam-se movimentos societários que aderem a este fenómeno de criação e partilha e que recorrem cada vez mais à transformação e manipulação de conteúdos anteriores, acrescentando graus variados de conteúdo original, tendo os autores apelidado esta revolução cultural de variadas formas, incluindo “democracia semiótica”, “cultura do remix”¹² ou “cultura participativa”.

A Era Digital permitiu pela primeira vez que “amadores” sejam agentes ativos na criação de novos conteúdos, eliminando a necessidade de intermediários como empresas discográficas, produtoras de filmes ou editoras literárias e reduzindo a importância do papel desempenhado por criadores “profissionais”, baralhando e misturando o papel dos espectadores passivos em produtores ativos de conteúdo¹³. De tudo isto resultou uma nova categoria de conteúdo que apelidamos de “Conteúdos Gerados pelo Utilizador” (CGU).

Sob pena de consulta mais atenta ao verdadeiro significado e extensão do conceito de CGU a realizar *infra*, poderemos indiciar sucintamente e a título de exemplificação, que os CGU incluem diversos conteúdos criados por utilizadores de *websites*, tais como blogues, *wikis* ou mesmo em redes sociais como o *Facebook* ou *YouTube*. A importância destas plataformas é de tal forma importante que dos 10 website mais visitados em Portugal, são 5 aqueles que dependem de CGU¹⁴.

Estes utilizadores não são conhecedores profundos das leis autorais, mas ainda assim têm vindo a ser, coletiva e inconscientemente, atores de mudança no direito de autor. Por vezes estas alterações ao direito autoral não têm ainda expressão no direito positivado, mas como iremos ver, influenciam alterações, a necessidade de precisar determinados

¹² Vide LESSIG, Lawrence, “Remix Culture”, Bloomsbury, London, 2008

¹³ Ainda que a produção de conteúdos seja realizado por um conjunto variado de pessoas, um estudo indicou que o Princípio de Pareto poderá ser aplicado aos CGU na medida em que 76% do conteúdo é produzido por 20% dos utilizadores, OCHOA, Xavier e DUVAL, Erik, “Quantitative Analysis of User-Generated Content on the Web” in Proceedings of the First International Workshop on Understanding Web Evolution (WebEvolve2008), Pequim, 2008, p. 7

¹⁴ Conforme consulta realizada através de *Alexa Rank* a 3 de abril de 2017, disponível em <http://www.alexa.com/topsites/countries/PT>.

conceitos ou a abertura a novas interpretações jurisprudenciais. Por outro lado, a prática dos CGU permitiu complementar as normais autorais que ou não respondem a certas questões relevantes em ambiente digital ou trazem maior clareza para áreas cinzentas no direito de direito, em questões como licenciamento de direitos¹⁵.

1.3. Delimitação concetual

1.3.1. Os “conteúdos”

O termo “conteúdos” reporta-se a tudo aquilo que é criado pelos utilizadores em plataformas web 2.0, em formatos multimédia, incluindo vídeos, músicas, imagens, comentários e publicações, críticas e análises, blogues, wikis, fóruns. No entanto, nem todos os conteúdos poderão ser considerados protegidos enquanto obras protegidas por direito de autor, uma vez que poderão não preencher o patamar necessário de criatividade e originalidade de criação, na medida em que se tratam de meras partilhas de conteúdos criados por terceiros.

Nesta medida, para que possamos falar em CGU, os conteúdos deverão ser publicados em plataformas online de forma a serem tornados acessíveis e dados a conhecer a terceiros, para que estes possam interagir com o mesmo. Os “terceiros” devem ser entendidos enquanto o público em geral de um website ou públicos mais restritos das plataformas usadas para a partilha (amigos, colegas de trabalho) e não bastando a mera partilha em plataformas fechadas como o email ou mensagens instantâneas¹⁶.

Os CGU e as obras protegidas por direito de autor não se sobrepõem também porque as obras são protegidas no momento da sua exteriorização, sendo que, no entanto, os conteúdos criados pelos utilizadores apenas englobam conteúdos na medida em que tenham sido publicados nas plataformas online.

¹⁵ Neste sentido, efetuando uma análise ao direito de autor informal que tem vindo a ser desenvolvido pelos utilizadores de CGU, LEE, Edward, “Warming Up to User-Generated Content”, University of Illinois Law Review, Vol. 2008, No. 5, 2008, p. 1459 e ss.

¹⁶ Neste sentido, Working Party on the Information Economy, “Participative Web: User-Created Content”, Organisation for Economic Co-operation and Development, 2007, disponível em <http://www.oecd.org/internet/ieconomy/38393115.pdf>, consultado a 14 de abril de 2016, p. 8

Por outras palavras, os CGU não andam a “par-e-passo” com as obras tuteladas por direito de autor, mas existe a possibilidade de ambos os conceitos se sobreporem. Na verdade, quanto maiores as tendências expansionistas do direito de autor que nivelam o patamar de criatividade por baixo, consequentemente criando problemas à existência de obras derivadas lícitas¹⁷, maiores as sobreposições entre os conceitos de “obra protegida” e CGU.

1.3.2. A “criação”

Por outro lado, o elemento “gerados pelo utilizador” permite uma redução do âmbito dos conteúdos sobre os quais nos debruçamos, na medida em que o mero *upload* por um utilizador não será suficiente para estarmos perante um CGU, já que é exigido que este seja gerado pelo próprio utilizador. Com um significado próximo de “gerado” e com maior significância jurídica, encontramos a palavra “criação”, que é por vezes usada de forma alternativa¹⁸. Iremos usar ambas as expressões, sem diferenciações concetuais, preferindo no entanto a palavra “gerado”, na medida de que esta comporta uma menor significância jurídica, já que o conceito de ambas as expressões poderão representar fenómenos mais latos que obras protegidas por direito de autor, i.e., que tenham sido “criadas”. Os CGU remetem-nos para i) obras originais, ii) modificações de obras anteriores, mas também para iii) meras partilhas destituídas de qualquer contributo original ou criativo. Dado que o objetivo da presente obra é a análise dos CGU pelo prisma do Direito de Autor, não iremos explorar o terceiro grupo de obras, exceto quando estejamos perante uma situação de plágio.

1.3.3. Os “utilizadores”

¹⁷ Assim, “At the same time, copyright law has generally shied away from defining authorship as a legal concept, preferring instead to develop and rely on the related (but not identical) concept of originality. This has resulted in a low copyrightability threshold that does not adequately account for the fact that most creative works in some way rely on and build upon existing works that often were created by another person and are protected by copyright law.”, WONG, Mary W. S., ““Transformative” User-Generated Content in Copyright Law: Infringing Derivative Works or Fair Use?”, 11 Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law., 1075, 2008-2009, p. 1075. Em português, referindo o “movimento de banalização do Direito de Autor”, Ascensão, José de Oliveira, “Direito de Autor e Direitos Conexos”, Coimbra Editora, 1ª edição (reimpressão), Coimbra, 2012, p. 89.

¹⁸ A palavra “criação” é por vezes preferida por autores franceses (“Contenu auto-créé”), conforme Working Party on the Information Economy, idem, loc. cit. Nos Estados Unidos vem sendo usada a palavra “gerado”, evitando-se a sigla que resulta de “User Created Contents”, ou seja, “UCC”, já que remete os autores deste país para o *Uniform Commercial Code* (“UCC”). Assim, HETCHER, Steven, “User-Generated Content and the Future of Copyright: Part One-Investiture of Ownership” in Vanderbilt Journal of Entertainment and Tech Law, Vol. 19:4, 2008, p. 871

O termo “utilizador” reporta-se a um “utilizador de computador” ou “usuário” e não necessariamente a um “amador”¹⁹, embora o conceito de CGU nos reporte num primeiro instante para esta categoria de utilizadores. A problemática do binómio amador/profissional prende-se com dificuldade em estabelecer fronteiras entre ambos os conceitos²⁰, visto que se num primeiro momento da criação das plataformas web 2.0 os seus utilizadores são esmagadoramente amadores, tal poderá deixar de ser regra a partir do momento em que as plataformas crescem e os seus utilizadores começam a dedicar-se a tempo inteiro à produção de conteúdos, por vezes ganhando avultadas somas pecuniárias²¹, o que demonstra que o fenómeno é evolutivo. No entanto, os CGU pressupõem num primeiro momento que os seus utilizadores sejam amadores, em oposição aos conteúdos criados pelos media tradicionais, tais como emissoras, produtoras, discográficas ou organizações noticiosas, tenham ou não intuitivo lucrativo. Certas áreas estavam tradicionalmente mais habituadas à emergência de amadores bem sucedidos, tais como músicos independentes, no entanto as plataformas web 2.0 permitiram a emergência de amadores em áreas que eram anteriormente dominadas por profissionais, tais como organizações noticiosas ou os produtores de conteúdos audiovisuais.

Ainda assim, um dos principais elementos definidores de “utilizador” é a situação de que estes são não meramente agentes ativos da produção de conteúdos (já por si algo inovador), mas também, agentes ativos na recomendação, crítica, avaliação e disseminação de conteúdos criados por outros utilizadores, através de *websites* que incentivem este tipo de comportamentos, criando comunidades que gravitam em torno conteúdos gerados no seu seio.

Uma vez que o presente estudo pretende analisar as problemáticas jurídicas dos CGU no direito de autor, iremos referir-nos em grande medida aos CGU enquanto sinónimo de

¹⁹ Neste sentido, HETCHER, Steven, *idem*, loc. cit.

²⁰ Referindo a dificuldade em estabelecer fronteiras entre amadores e profissionais e amadores que procuram ser profissionais, *idem*, loc. cit.

²¹ Segundo a revista *Forbes*, o utilizador do *Youtube* mais bem pago em 2016, foi o sueco Felix Kjellberg, mais conhecido pelo seu nome de utilizador “PewDiePie”, arrecadando uns estonteantes 15 milhões de dólares, conforme BERG, Madeline, “The World’s Highest-Paid YouTube Stars 2016” in *Forbes*, 5 de dezembro de 2016, disponível em <https://www.forbes.com/sites/maddieberg/2016/12/05/the-highest-paid-youtube-stars-2016-pewdiepie-remains-no-1-with-15-million/#5937e05d7713>, consultado em 4 de abril de 2017.

obra criada, individualmente ou coletivamente, por utilizadores de plataformas *online* da *web 2.0*.

1.4. Tipologias

Os CGU podem ser agrupados de acordo o seu tipo, ou seja, consoante se tratem de textos literários, imagens, vídeos, jornalismo cidadão, conteúdo educacional ou conteúdo virtual. Iremos de seguida identificar estes tipos de CGU, apresentando exemplos dos mesmos e das plataformas que os promovem e tecer breves comentários sobre as suas implicações jus-autorais²².

1.4.1. Textos literários, incluindo ficção de fã

Em relação a textos literários, existem vários websites dos quais destacamos, fanfiction.net, wattpad.com ou archiveofourown.org²³.

Nestes websites, os utilizadores são escrevem textos literários de vários géneros, incluindo romances, contos, fantasia ou guiões de filmes. Estes textos são usualmente categorizados, classificados ou comentados por outros utilizadores, eles próprios contribuindo com textos adicionais.

Estes websites dedicam-se parcial ou exclusivamente a um fenómeno cultural conhecido como *fan fiction* ou, em português, ficção de fã, onde os fãs de variadas *obras de autor*, incluindo *Harry Potter* de J.K. Rowling, a saga *Twilight* de Stephenie Meyer ou o *Senhor dos Anéis* de J.R.R. Tolkien²⁴, desenvolvem o *cânone* destas, baseando-se nas personagens ou eventos fantasiosos criados pelo autor original. Num outro fenómeno

²² Para outros exemplos, GASSER, Urs e ERNST, Silke, "From Shakespeare to DJ Danger Mouse: A Quick Look at Copyright and User Creativity in the Digital Age" in *Berkman Center Research Publication* N.º 2006-05, disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=909223>, p. 6 e ss.

²³ Identificando outros exemplos, FIESLER, Casey, "Everything I need to know I learned from fandom: How existing social norms can help shape the next generation of user-generated content" in *Vand. J. Ent. & Tech. L.* Vol. 10, 2007, p. 735.

²⁴ Apenas no website fanfiction.net, o universo *Harry Potter* conta com 763 mil histórias escritas pelos seus utilizadores; o universo *Twilight* com 219 mil histórias; o universo do *Senhor dos Anéis* conta com mais de 73 mil histórias.

desenvolvido pelos fãs e partilhado através de websites, os *crossovers* são histórias que misturam dois ou mais universos literários²⁵.

Muitos dos textos literários escritos pelos utilizadores destas plataformas são originais e portanto são obras no sentido pleno do direito de autor, no entanto, vários problemas jurídico-autorais surgem com a *fan fiction* uma vez que existem vários elementos não originais, como as personagens, que são incorporados nas novas obras criadas pelos utilizadores dos websites, o que aponta para processos de criação e autoria híbridos²⁶.

1.4.2. Imagens, incluindo fotografia

Existem vários websites ou aplicações dedicados à partilha de fotografias criadas ou modificadas pelos seus utilizadores, dos quais destacamos o *Instagram*, *Flickr*, *Pinterest*, *9Gag* ou *Snapchat*, usualmente com forte componente social. Outros websites, como o *Facebook*, como características mais generalistas também incorporam funcionalidades que permitem a divulgação e partilha de fotografias.

Nestes websites, é permitido aos seus utilizadores tirarem fotografias e colocá-las *online* para que outros utilizadores possam visualizar, comentar ou mesmo classificar as mesmas. A popularização destas ferramentas de partilha digital de fotografia levou a que não sejam apenas amadores que as usem, mas são também usadas por profissionais que pretendem divulgar os seus trabalhos.

1.4.3. Audiovisual, incluindo vídeos

Como exemplos mais conhecidos de websites para partilha e edição de vídeos criados ou modificados pelos seus utilizadores, encontramos o [YouTube.com](http://www.youtube.com) ou [vimeo.com](http://www.vimeo.com). Certos

²⁵ A título de exemplo, foram escritas cerca de 700 histórias que misturam o universo *Harry Potter* com o universo do Senhor dos Anéis, no website [fanfiction.net](http://www.fanfiction.net).

²⁶ Neste sentido, SARIKAKIS, Katharine, KRUG, Claudia e RODRIGUEZ-AMAT, Joan, "Defining authorship in user-generated content : copyright struggles in The Game of Thrones" in *New Media & Society*, novembro de 2015, disponível em <http://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/1461444815612446>, consultado a 4 de abril de 2017, p. 4. Ainda neste sentido, TUSHNET, Rebecca, "Hybrid Vigor: Mashups, Cyborgs, and Other Necessary Monsters" in *I/S: A Journal for Law & Policy*, Vol. 6, p. 1-12, 2010

websites apostam em conteúdos setoriais como por exemplo twitch.tv, para partilha de vídeos sobre jogos online.

Os utilizadores destes websites partilham vídeos de variados géneros criados pelos próprios, mas também efetuam *mashups*, onde aglutinam diversos vídeos anteriores criados por terceiros e sem relação aparente num único e novo vídeo, incluindo, a título de exemplo, um vídeo que mistura vários videoclipes musicais. Este fenómeno tem o potencial para infringir direitos de terceiros caso os conteúdos anteriores usados sejam protegidos enquanto obra intelectual.

1.4.4. Jornalismo cidadão

O jornalismo cidadão consiste na prática do jornalismo por pessoa sem qualquer formação específica de jornalista, através de plataformas online para o efeito. Em Portugal, o website blastingnews.com dedica-se exclusivamente ao jornalismo cidadão²⁷, onde os seus utilizadores escrevem os artigos jornalísticos. Os órgãos de comunicação tradicionais por vezes disponibilizam nos seus websites, plataformas através das quais os utilizadores podem partilharem informação relativamente a um determinado evento mediático²⁸. Os outros websites com formatos diferentes também incorporam o jornalismo cidadão como conteúdo principal, como por exemplo, o reddit.com (8º website mais visitado em Portugal), que funciona como um agregador de notícias em estilo de fórum para promover a discussão ou o twitter.com (12º mais visitado) que é especialmente usado para noticiar eventos mediáticos em direto, num estilo de *micro-blogging*, com uma limitação de 140 carácteres.

Em geral, o jornalismo cidadão poderá não ser particularmente relevante para uma análise jus-autoral na medida em que a maioria dos conteúdos produzidos são breves relatos, por escrito ou via fotografias ou vídeo, de factos. No entanto, em websites como o blastingnews.com, os seus utilizadores escrevem verdadeiros artigos jornalísticos que numa análise preliminar poderão estar protegidos enquanto direito de autor.

²⁷ O website blastingnews.com, é o 18º website mais visitado em Portugal segundo o Alexa Rank, disponível em <http://www.alexa.com/topsites/countries/PT>, consultado a 5 de abril de 2017. A título de comparação, os websites noticiosos mais visitados em Portugal são abola.pt (14º lugar) e record.pt (17º), sendo que os generalistas são menos populares, como por exemplo, publico.pt (26ª), jn.pt (33º) ou cmjornal.pt (36º).

²⁸ Como por exemplo, a plataforma *iReport* da CNN, acessível em <http://edition.cnn.com/specials/opinions/cnnireport>.

1.4.5. Conteúdo educacional

O caso paradigmático dos CGU para conteúdos educacionais é a wikipedia.org, que se trata de uma enciclopédia generalista gratuita, onde os seus utilizadores criam, editam e revêm artigos entre si. Outros projetos criados pela fundação mãe da Wikipedia, a Wikimedia, tais como a Wiktionary, o Wikibooks ou o Wikiversity, onde são igualmente os utilizadores que contribuem coletivamente com entradas para dicionários, livros ou manuais ou elementos de estudo, respetivamente. Vários projetos baseados no *OpenCourseWare* permitem que as Universidades possam criar cursos gratuitos através de plataformas online.

De um ponto de vista jus-autoral, as maiores problemáticas para este tipo de conteúdos educacionais prendem-se com a sua titularidade, uma vez que se tratam de obras protegidas criadas por diversos autores, por vezes de forma anónima. Os contributos de cada utilizador misturam-se com os contributos de outros utilizadores, o que num primeiro plano poderá ser importante para a atribuição da faculdade pessoal do direito de autor, uma vez que esta é “inalienável, irrenunciável e imprescritível, perpetuando-se, após a morte do autor” (n.º 2 do art. 56.º CDADC), o que aponta para uma clivagem importante face aos sistemas de *copyright* que não consagram este tipo de proteção. Num segundo plano, a própria atribuição das faculdades patrimoniais de autor é fundamental para a concluir sobre quem pode fruir e utilizar a obra em causa.

1.4.6. Conteúdo virtual

Várias plataformas virtuais foram desenvolvidas para permitem que os seus utilizadores possam contribuir para a criação de conteúdo, não se tratando apenas de espectadores atentos, mas ativamente moldando os ambientes virtuais, corrigindo erros ou expandindo o universo virtual original. Esta *realidade* predomina essencialmente em jogos de computador e compreende em geral duas situações distintas²⁹. Em primeiro lugar, os jogadores mudam o próprio código do jogo através de *mods* (diminutivo de “modificação”),

²⁹ Considerando que o CGU em jogos cria o potencial de os mesmos serem explorados ao máximo e impedir falhas de conceção, KASAPAKIS, Vlasios e GAVALAS, Damianos, "Investigating the effect of User Generated Content in pervasive games." in *Computers and Communication (ISCC), 2016 IEEE Symposium on*. IEEE, 2016, disponível em <http://ieeexplore.ieee.org/document/7543718/>, consultado a 6 de abril de 2017, p. 7.

servindo para criar novas experiências de jogo ou simplesmente para adicionar detalhes ou funcionalidades adicionais ao jogo original. Este fenómeno faz parte da cultura do *remix*³⁰ e tem como caso paradigmático um *mod* do jogo *Half-Life*, intitulado *Counter-Strike*³¹. Em alternativa, os criadores originais adicionam funcionalidades dentro do próprio jogo que permitem a incorporação de CGU, dentro dos amplos limites pensados pelos criadores originais. Este segundo fenómeno tem como casos paradigmáticos os conhecidos *Second Life*, o *Minecraft* ou o *World of Warcraft*.

No primeiro caso dos *mods*, de um ponto de vista jus-autoral, importará saber se a *modificação* é ou não permitida pelos titulares dos direitos patrimoniais de autor sobre o jogo e se independentemente dessa permissão a modificação é possível e, no segundo caso das alterações permitidas, importará saber a quem pertencerá a titularidade dos CGU caso se tratem de obras protegidas.

1.5. Definição da problemática a abordar: da relevância jurídica

Os CGU, embora não sejam um conceito com relevância jurídico-autoral positivada, levantam um grande número de problemas no campo do Direito Intelectual e, em especial, para o Direito de Autor.

O Direito de Autor pretende encorajar a criação de obras e consequentemente promover o desenvolvimento cultural de uma sociedade. O Direito de Autor, através de direitos e faculdades conferidos, permite recompensar autores pelo esforço criativo, encorajando o desenvolvimento de novas obras.

No entanto, existem vários aspetos inerentes à natureza da Internet vêm testar os seus conceitos e a robustez da delimitação das fronteiras destes conceitos.

³⁰ Neste sentido e em mais detalhe sobre os *mods* de jogos de computador, SCACCHI, Walt, “Computer Game Mods, modders, modding, and the mod scene” in *First Monday*, 2010, consultado a 6 de abril de 2017, disponível em <http://dx.doi.org/10.5210/fm.v15i5.2965>.

³¹ Os criadores do jogo *Counter-Strike* partiram de uma ferramenta (*SDK* ou *kit* de desenvolvimento de software) disponibilizada pelos criados do jogo *Half-Life* e que permite a terceiros modificarem o código do jogo e portanto as funcionalidades do jogo. Usando o referido jogo como *caso de estudo* para analisar uma tendência de cultura participativa, DEUZE, Mark, “Convergence culture in the creative industries” in *International Journal of Cultural Studies*, Vol. 10, N.º 2, 207, pp. 243 - 263, disponível em <http://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/1367877907076793>, consultado a 6 de abril de 2017.

Em particular, e em relação à *autoria* de obras, a natureza participativa da web levou à existência de plataformas online que agregam vários tipos de conteúdos criados pelos seus utilizadores, sendo portanto importante aferir como estas plataformas têm vindo a gerir os aspetos decorrentes da atribuição dos direitos pessoais e patrimoniais de autor, uma vez que as obras que constituem o seu *busílis* não são criações feitas sob contrato de trabalho, por encomenda ou por conta de outrem, contrariamente ao que sucedia na web 1.0, mas são antes, contribuições dos seus utilizadores.

Acresce que uma natureza colaborativa da Internet veio permitir que uma obra possa ser o resultado de inúmeros contributos originais por parte de autores potencialmente dispersos por diversos locais do planeta. A escala e elevada incidência permite-nos interrogar da robustez dos conceitos de *autoria* na era Digital, se o *status quo* potencia ou potenciou problemáticas jurídicas e ainda como as plataformas online têm - na prática - vindo a lidar com situação.

A natureza descentralizada da Internet permitiu ainda um fenómeno de *amadorização* de conteúdos, o que levanta problemas, de um ponto de vista *macro*, na medida em que o patamar de criatividade de uma criação passa a estar mais nivelado por baixo. O conceito de CGU remete-nos assim para obras que - pelo menos potencialmente - têm um menor patamar criatividade³².

Nesta medida, uma redução do *standard* de criatividade³³ das obras aumenta o potencial de existência de conflitos jurídicos com um Direito de Autor mais preparado para dar resposta a problemáticas jus-autorais entre obras com patamares de criatividade mais elevados.

De um ponto de vista *micro* e quando analisando as várias faculdades conferidas pelo Direito de Autor, cabe-nos, no presente estudo, analisar se o direito positivado reconhece diferenças de tutela para obras de pendor amador e não lucrativo, isto é, para com os CGU e, por outro lado, analisar que a interpretação e aplicação dessas regras sofreu

³² Também identificando esta questão, ROCHA, Maria Victória, “Breves Considerações sobre o futuro do Direito de Autor na Era Digital” *in* Direito de autor, que futuro na Era Digital?, Lisboa, 1ª edição, Guerra e Paz, 2016, p. 82

³³ Não falamos claro em qualidade das obras, uma vez que não nos cabe fazer um juízo valorativo sobre as mesmas.

cambiantes relevantes, tanto na ordem jurídica nacional como em ordens jurídicas estrangeiras³⁴.

Questão particularmente acutilante que daqui resulta prende-se com a fronteira entre obra original, obra derivada e plágio. A fronteira entre estes conceitos é particularmente posta à prova na Era Digital, visto que muitos dos conteúdos produzidos na web 2.0 são adaptações de obras anteriores ou *mashups*. A cultura *copy paste* baseia-se nesta práticas fruto das novas tecnologias que permitiram que uma grande número de pessoas tenham acesso facilitado a ferramentas de edição de música ou vídeo e que possam facilmente fazer *remix* de conteúdos originais. Embora esta realidade também tenha permitido o surgimento de obras verdadeiramente criativas ao democratizar o acesso a estas tecnologias, surge agora exponenciando o problema de obras que comunicam, ou seja, utilizam conteúdos de terceiro sem o seu consentimento. Considerando que, salvo certas situações, os autores têm a primeira e última palavra sobre as utilizações das suas obras, muitas das práticas *supra* referidas e hoje recorrentes em ambiente digital são, numa primeira vista, ilícitas³⁵.

Ainda assim, todas estas questões são abordadas de diferentes formas em várias jurisdições, através de diplomas legais e evoluções jurisprudenciais, pelo que será dado um especial enfoque à comparação entre o direito civilístico e o direito anglo-saxónico, em especial, o norte-americano, tendo em conta o elevado número de importantes casos nesta matéria.

³⁴ Referindo que a legislação deverá ser alterada “no sentido de introduzir novos conceitos e novos mecanismos” de proteção autoral, embora admita que a “sensibilização dos cidadãos” é mais importante, CHASTRE, Leonor, “Criatividade no futuro” in *Direito de autor, que futuro na Era Digital?*, Lisboa, 1ª edição, Guerra e Paz, 2016, p. 68

³⁵ Neste sentido, referindo que existe um “mismatch between the law of copyright and emerging social norms in Europe”, remata que “(...) current copyright law leaves little room for sharing user-generated content that builds upon pre-existing works”, HUGENHOLTZ, P. Bernt, “Flexible Copyright: Can EU Author’s Right Accommodate Fair Use?” in STAMATOUDI, Iran A. (ed.), *New Developments in EU and International Copyright Law*, Wolters Kluwer, 2016, p. 418

CAPÍTULO II — CRIAÇÃO, CRIATIVIDADE E TITULARIDADE NOS CGU

Iremos analisar neste capítulo, em primeiro lugar, o que é necessário para que os CGU possam ser considerados enquanto obra tutelada pelo direito de autor e, em seguida, na medida em que não há obra sem autor, tecer considerações pertinentes sobre a autoria e titularidade sobre a obra.

2.1. A criação

Segundo o artigo 1.º do Código de Direito de Autor e Direitos Conexos, as obras são “criações intelectuais do domínio literário, científico e artístico, por qualquer modo exteriorizadas”. Não basta que uma obra seja meramente pensada para que seja merecedora de proteção jurídica autoral, pois nesse momento estaríamos apenas no campo das ideias, mas deverá também ser exteriorizada, por escrito, por vezes necessariamente³⁶, ou oralmente, como no caso das conferências³⁷. No entanto, a proteção jurídico-autoral não depende do suporte material, digital ou analógico.

³⁶ Pensamos em obras que pela sua natureza necessitam de uma primeira exteriorização para existirem, como no caso das obras fotográficas ou no caso das obras coreográficas, *vide* alínea d), n.º 2, artigo 2.º do Código de Direito de Autor e Direitos Conexos.

³⁷ Para desenvolvimentos adicionais sobre este assunto, ASCENSÃO, José de Oliveira, “Direito de Autor e Direitos Conexos”, cit, p. 60 e ss.

Num primeiro momento da Era Digital, muitas obras foram trazidas ou importadas para o meio digital, isto é, foram digitalizadas, sendo que pré-existiam já em formato analógico³⁸. No entanto não estaremos neste caso perante um CGU, uma vez que o momento da criação não ocorre no mundo digital, mas sim fora dele.

Uma maior adaptação da sociedade ao digital e também o maior desenvolvimento tecnológico, especialmente na área da programação, permitiu o aparecimento de ferramentas de criação e edição de som, imagem e vídeo, que vieram a determinar, num primeiro momento, a descoberta de uma nova fronteira de possibilidades para os autores de variadas áreas artísticas³⁹ e, num segundo momento, o surgimento de um grande número de novos autores que obtiveram acesso a ferramentas de composição e edição avançadas e assim cresceu o número de obras começaram a surgir diretamente no meio digital. De tal resulta que os próprios CGU, ao serem criados através do meio digital, facilmente preenchem o requisito da *exteriorização* que é necessário para que possamos falar em obra.

Como mencionado *supra*, a exteriorização depende de uma forma, ou seja, da forma como a obra foi exteriorizada, mas não necessariamente de um suporte material, o que é especialmente determinante para identificar uma clivagem ainda existente com os sistemas anglo-saxónicos de Direito de Autor, que fazem depender a existência de obra, da fixação num meio tangível de expressão⁴⁰. Uma segunda clivagem que daqui decorre, prende-se com a situação em que o direito norte-americano não protege obras que

³⁸ O que por si só não afastou problemáticas jurídicas, tais como a digitalização de livros levada a cabo pela Google. Sobre este assunto, consultar PEREIRA, Alexandre L. Dias, “Arquivos e bibliotecas digitais: os direitos autorais e a sentença Google” in Revista de Direito Intelectual nº 1 - 2014, APDI Associação Portuguesa de Direito Intelectual, Almedina, Lisboa.

³⁹ A título de exemplo, na área musical, por ter sido possível experimentar novas amplitudes sonoras que não eram alcançáveis com o recurso a instrumentos musicais analógicos.

⁴⁰ Em especial, na ordem jurídica norte-americana, obra é criada quando fixada numa “cópia”, segundo 17 U.S.C. § 101, “A work is “created” when it is fixed in a copy or phonorecord for the first time (...)”. Por sua vez, uma cópia é uma fixação num meio tangível de expressão, “Copies” are material objects, other than phonorecords, in which a work is fixed by any method now known or later developed (...)”

apenas tenham sido fixadas em meios não transitórios^{41,42}, o que não sucede face ao direito nacional⁴³, na medida em que não há uma dependência tão determinante do suporte material original, sendo este aliás o princípio geral.

2.2. A criatividade

Ultrapassada a questão de saber como é uma obra exteriorizada, cumpre analisar a questão - mais determinante - da criatividade, ou seja, de quando é que podemos dizer que estamos perante um obra.

O art. 2.º do CDADC enuncia diversos tipos de obras protegidas por direito de autor, sem carácter taxativo, indicando que as obras são “criações intelectuais” ou “obras de espírito”⁴⁴, acrescentado na epígrafe que trata de “obras originais”. Encontramos referências adicionais na lei portuguesa ao critério da originalidade nos artigos 3º e 4º, embora no último caso seja somente em relação à tutela do título da obra. A “originalidade” enquanto critério para existência de obra é acolhido no n.º 5, art. 2.º da Convenção de Berna⁴⁵ e mencionado em vários diplomas de direito europeu, incluindo a Diretiva sobre Programas de Computador, a Diretiva sobre Bases de Dados e a Diretiva sobre o Prazo de Proteção⁴⁶.

⁴¹ É este o sentido da definição de “fixação”, patente em 17 U.S.C. § 101, que depende de um meio suficientemente permanente e estável, “A work is “fixed” in a tangible medium of expression when its embodiment in a copy or phonorecord, by or under the authority of the author, is sufficiently permanent or stable to permit it to be perceived, reproduced, or otherwise communicated for a period of more than transitory duration.”

⁴² Neste sentido, HETCHER, Steven, “User-Generated Content and the Future of Copyright: Part One- Investiture of Ownership” *op. cit.*, p. 886.

⁴³ A transitoriedade tem significância no âmbito da faculdade de reprodução, *vide* n.º 1 do art. 75.º do CDADC.

⁴⁴ Numa terminologia preferida por Ascensão, José de Oliveira, “Direito de Autor e Direitos de Conexos”, *op. cit.*, p. 57.

⁴⁵ A referência à “criação intelectual” surge apenas em relação às compilações, “Collections of literary or artistic works such as encyclopaedias and anthologies which, by reason of the selection and arrangement of their contents, constitute intellectual creations shall be protected as such, without prejudice to the copyright in each of the works forming part of such collections” (nº 5, art. 2º Convenção de Berna). Esta norma é acolhida no CDADC, na alínea b) do art. 3.º.

⁴⁶ Os diplomas nacionais que procedem à transposição das referidas Diretivas, o Decreto-Lei 252/94 de 20 de Outubro (Programas de Computador), no seu art. 1.º nº 3, o Decreto-Lei 122/2000, de 4 de Julho (Bases de Dados), no seu art. 3º nº 1 e a Lei nº 82/2013, de 6 de Dezembro (Prazo de Proteção).

A avaliação de uma obra deverá começar por identificar em primeiro lugar se a mesma não se trata de uma cópia de obra preexistente (elemento negativo ou requisito mínimo), mas em segundo lugar é ainda necessário que a obra seja original (elemento positivo). Em relação ao elemento negativo, não falamos de *novidade* no sentido das normas que tratam dos requisitos de patentes e desenhos e modelos, uma vez que duas obras poderão tratar do mesmo assunto ou da mesma representação da realidade e ainda assim serem originais. Caso uma pretensa obra seja uma reprodução de obra anterior, será de desconsiderar a proteção da primeira.

Esta análise de tendência casuística é problemática na medida em que parte do pressuposto que a obra anterior é original, embora tenha a utilidade de afastar totalmente a discussão da originalidade da obra posterior em casos de cópia servil ou de afetação das faculdades patrimoniais do direito de autor. Assim, a montante, o principal desafio é identificar se o segundo passo se verifica, ou seja, se a obra é original.

Neste sentido, importa efetuar delimitações negativas àquilo que não constitui claramente uma obra para que possamos estreitar o âmbito de análise.

O art. 1.º n.º 2 do CDADC esclarece que “as ideias, os processos, os sistemas, os métodos operacionais, os conceitos, os princípios ou as descobertas” não são passíveis de proteção, enquanto tais.

O art. 2.º, n.º 1, do CDADC, esclarece ainda que “o género, a forma de expressão, o mérito, o modo de comunicação e o objectivo” não só não importam para identificação de obra protegida como também não importam para identificação do âmbito de proteção da obra. Assim, critérios estéticos ou qualitativos não são barómetro que se possa falar de obra protegida. A melhor ou a pior das músicas será igualmente passível de proteção.

Não existe ainda uma obra passível de proteção, segundo Oliveira Ascensão⁴⁷, quando é o objeto que se impõe ao autor, o que é especialmente visível em casos de meras descobertas ou locuções descritivas. Acrescenta ainda o autor, “e só há criação quando se sai do que está ao alcance de toda a gente para chegar a algo de novo, a obra há-de

⁴⁷ Vide ASCENSÃO, José de Oliveira, “Direito de Autor e Direitos de Conexos”, *op. cit.*, p. 88 e 89.

ter sempre aquele mérito que é inerente à criação, embora não tenha mais nenhum: o mérito de trazer algo que não é meramente banal”⁴⁸.

Luiz Francisco Rebello considera que será merecedor de proteção “o produto original de um trabalho intelectual criativo (...), no domínio literário, artístico ou científico, exteriorizado numa forma original que exprime a personalidade do seu autor”⁴⁹.

Alexandre Dias Pereira conclui que “a criação intelectual será obra (...), na medida em que constitua uma forma original de expressão comunicativa literal ou artística com sentido individual próprio, ainda que de carácter utilitário ou funcional”⁵⁰.

Já Maria Victória Rocha⁵¹, que dedica um estudo ao assunto, conclui que com várias delimitações negativas indicando que a obra não poderá ser avaliada segundo a marca da personalidade do autor, que não deverá exigir uma especial criatividade, que não bastará comprovar a ausência de cópia (novidade objetiva) ou *sweat of the brow*, não podendo ser algo vulgar ou banal, onde a “forma não poderá ser imposta pela função”. Prossegue a mesma autor, efetuando uma delimitação positiva do que se trata, no seu entender, o conceito de originalidade, indicando que “basta que a obra seja produto de uma atividade intelectual independente do autor (...) sendo o resultado pessoal, individualizado”, exigindo-se um “espaço de liberdade, por mínimo que seja, para o autor desenvolver a sua atividade intelectual”. Em relação ao patamar mínimo de proteção considera que “a originalidade é (...) uma exigência minimalista” e continua referindo que “(...) as obras utilitárias em que a criatividade é mínima, as tradicionais “Kleine Münze”, mas em que ainda há um espaço de liberdade, podem ser originais e suscetíveis de proteção”.

Importa analisar o panorama de estudo sobre a presente questão na doutrina estrangeira.

⁴⁸ *Ob. Cit.*, p. 93.

⁴⁹ REBELLO, Luiz Francisco, “Introdução ao Direito de Autor”, Vol. I, Lisboa, 1ª Edição, Dom Quixote, 1994, p. 102

⁵⁰ PEREIRA, Alexandre Dias, “Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnológica” in Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica 55, Coimbra Editora, 2001, p. 253.

⁵¹ Concluindo o seu estudo com breves reflexões que aqui resumimos, ROCHA, Maria Victória, “Contributos para a delimitação da “originalidade” como requisito de proteção da obra pelo direito de autor”, in *Ars Iudicandi Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheiro Neves*, Coimbra, Coimbra Editora, Vol II: Direito Privado, 2008, p. 792

Nos Estados Unidos da América e em geral nos países da *Common Law*, a doutrina e principalmente a jurisprudência pretoriana defendiam que o requisito para proteção autoral deveria ser o do “sweat of the brow”, colocando como requisitos a habilidade, o empenho ou o tempo demonstrados pelo autor na criação⁵². No entanto, com o acórdão *Feist*⁵³, afastou a aplicação deste princípio e definiu que deve existir um mínimo de originalidade para que seja atribuída proteção autoral, ainda que o patamar de criatividade seja baixo⁵⁴, uma vez que bastaria um tenha sido definido como apenas um grau mínimo. Nas palavras do juiz O'Connor, “The sine qua non of copyright is originality. To qualify for copyright protection, a work must be original to the author. (...) Original, as the term is used in copyright, means only that the work was independently created by the author (as opposed to copied from other works), and that it possesses at least some minimal degree of creativity. (...) To be sure, the requisite level of creativity is extremely low; even a slight amount will suffice”.

Nas jurisdições na esfera de influência napoleónica, como a francesa ou a belga, a conceção de originalidade identifica-se com uma teoria subjetiva personalista, isto é, com a “marca da personalidade do autor”⁵⁵, que num primeiro momento era restritiva por apenas incluir sob seu jugo obras de maior destaque criativo. Com o tempo, o nível de exigência desta teoria foi reduzindo o seu patamar de referência e passou a considerar também obras que apenas contêm leves traços da personalidade do autor⁵⁶. Esta evolução tem vindo a ser confirmada por várias decisões de tribunais destes países que decidiram pela proteção de fotografias de comida, *slogans* ou cláusulas contratuais gerais⁵⁷.

⁵² Entre variados casos destacamos o acórdão britânico *Walter v Lane [1900] AC 539*, que é anterior à consolidação das normas de direito de autor no Copyright Act de 1911.

⁵³ Acórdão *Feist Publications, Inc., v. Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340 (1991).

⁵⁴ “*De minimis*” nas palavras de CLARK, Will. “Copyright, Ownership, and Control of User-Generated Content on Social Media Websites”, Chicago: Seminar in Entertainment Law. IIT, Chicago College of Law, 2009, p. 5.

⁵⁵ Neste sentido, *idem, ibidem*, p. 748 - 750.

⁵⁶ Neste sentido, LUCAS, Henri-Jacques, LUCAS, André e LUCAS-SCHLOETTER, Agnès, “*Traité de la propriété littéraire et artistique*”, Paris, LexisNexis, 4ª edição, 2006, p. 72

⁵⁷ Neste sentido e identificando diversos acórdãos franceses e belgas, concluindo que “[i]t seems that almost everything could potentially be considered original”, CABAY, Julien e LAMBRECHT, Maxime, “Remix prohibited – How rigid EU copyright laws inhibit creativity” in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Oxford University Press, Volume 10, Número 5, 2015, p. 359-377.

A doutrina alemã considerou que para uma obra ser passível de proteção por direito de autor, um certo nível de originalidade (*Gestaltungshöhe*) ou um certo nível de criatividade (*Schöpfungshöhe*) deveria estar verificado. De acordo com o número 2 do § 2 do *Urheberrechtsgesetz*, deverá existir uma “criação intelectual pessoal” (*persönliche geistige Schöpfungen*), também entendido como “individualidade”, numa formulação próxima ao nosso CDADC. Se num momento inicial, o nível de criatividade necessário era mais exigente, especialmente para certo tipo de obras como as científicas, sucede posteriormente uma assinalável flutuação, que veio, mais recentemente, a operar uma redução do patamar de exigência, tendo para tal contribuído vários elementos, incluindo a teoria da *kleiner Münze* (proteção de listas telefónicas), a necessidade de proteção de obras com um menor interesse cultural (mas maior interesse económico), a influência da jurisprudência europeia e da própria lei europeia (Diretivas para proteção de programas de computador e bases de dados)⁵⁸.

Importa ainda analisar a jurisprudência que se debruçou sobre a originalidade enquanto critério para identificação de uma obra protegida por direito de autor.

A nível europeu, o Tribunal de Justiça da União Europeia tem vindo a contribuir para uma uniformização (mas não harmonização) dos critérios de interpretação do requisito da originalidade⁵⁹, através do conhecido acórdão *Infopaq*⁶⁰, que concluiu que a originalidade deve ser tida em conta na aceção de “criação intelectual do próprio autor” (parágrafo 35 do *supra* citado acórdão). Com esta definição, o TJUE vai além de um papel meramente harmonizador e tem um contributo criativo na interpretação do requisito da originalidade⁶¹. Esta interpretação foi sendo sucessivamente adensada através de decisão que

⁵⁸ Neste sentido, BELDIMAN, Dana, “Utilitarian Information Works - Is Originality the Proper Lens?” in *Marquette Intellectual Property Law Review*, Volume 14, Número 1, 2010, p. 1-46.

⁵⁹ Neste sentido, ROSATI, Eleonora, “Originality in EU Copyright Full Harmonization through Case Law”, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013, p. 4 e 5 A autora identifica, vários acórdãos do TJUE que abordam a questão da *originalidade* e uniformizam a sua interpretação.

⁶⁰ Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, *Infopaq International*, processo C-5/08 de 16 de Julho de 2009, em especial, parágrafos 34 e 35.

⁶¹ Neste sentido, GEIGER, Christophe, “The Role of the Court of Justice of the European Union: Harmonizing, Creating and sometimes Disrupting Copyright Law in the European Union” in STAMATOUDI, Iran A. (ediç.), *New Developments in EU and International Copyright Law*, Wolters Kluwer, 2016 p. 441

consideraram que a originalidade se consubstancia numa “margem para uma liberdade criativa”⁶², num “toque pessoal”⁶³ ou ainda em “escolhas livres e criativas”⁶⁴.

A nível nacional, o Supremo Tribunal de Justiça⁶⁵ concluiu que “a protecção exige que a obra seja uma criação do seu autor (que seja original), a referência à criação reporta-nos ao seu autor, que nela lançou a sua marca de tal modo que enriquece o património cultural”.

Quanto às decisões das segunda instâncias nacionais, identificamos os seguintes acórdãos relevantes para a matéria que agora se discute, dispostos do mais antigo para o mais recente.

O Tribunal da Relação do Porto⁶⁶ decidiu que uma fotografia com que apenas retratava um edifício camarário e parte de um conjunto arbóreo não tinha o mínimo de criatividade necessário para poder ser considerada uma obra protegida por direito de autor, uma vez que não representava uma “criação artística pessoal do seu autor”. Importará ainda reter uma consideração importante de que irá abordada adiante, uma vez que o tribunal considerou que “[a] fotografia não poderá constituir obra protegida se não contiver o nome do autor.”

O Tribunal da Relação do Porto⁶⁷ teve a oportunidade de se pronunciar sobre a reprodução de um coração humano em escultura de poliuretano, tendo considerado que não se tratava de uma obra protegida por direito de autor, tendo concluindo que “(...) nem todas as obras humanas merecem a protecção do CDADC, apenas merecem tutela aquelas que são criativas, que trazem algo de novo, expresso através da personalidade do seu autor”, não existindo qualquer originalidade na reprodução de um coração “tal como ele é”.

⁶² Acórdão do TJUE, *Football Association Premier League*, processos apensos C-403/08 e C-429/08, de 4 de Outubro de 2011, parágrafo 98.

⁶³ Sobre uma obra fotográfica, Acórdão do TJUE, *Painer*, Processo C-145/10, de 1 de Dezembro de 2011, parágrafo 92

⁶⁴ Acórdão do TJUE, *Football Dataco*, processo C-604/10, de 1 de março de 2012, parágrafo 38.

⁶⁵ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 99B358, 23/03/2000.

⁶⁶ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, Processo n.º 9120900, 20/10/1992.

⁶⁷ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, Processo n.º 0442253, 08/07/2004.

Em acórdão diverso, o Tribunal da Relação de Lisboa⁶⁸ vem levantar diversas considerações jurídicas sobre o requisito da criatividade e da existência de obra, concluindo pela existência de uma pintura decorativa protegida por direito de autor e “usurpada e contrafeita”. Neste caso, o tribunal identifica dois momentos de análise que deverão ser tidos em conta para aferir se estamos perante uma obra protegida, a saber, i) a dimensão normativa e jurídica e ii) a dimensão factual. Sobre esta segunda dimensão, a potencial obra deverá ser avaliada com parâmetros técnicos e artísticos, recorrendo à prova pericial, mas também admitindo que “basta a experiência e o senso comum” do aplicador do direito para fazer essa análise.

Sobre saber se uma fotografia que tinha sido partilhada sem autorização constituía uma reprodução não autorizada de obra protegida por direito de autor, o Tribunal da Relação de Lisboa⁶⁹ considerou que “é necessário que pela escolha do seu objecto ou pelas condições da sua execução, possa considerar-se [a fotografia] como criação artística pessoal do seu Autor”, desenvolvendo que “é essencial à obra, objecto de protecção do direito de autor a originalidade, que incorpore um mínimo de criação pessoal, que lhe dê uma individualização própria, a marca pessoal do seu autor” e concluindo que “nos autos não resultou apurada matéria de que resulte que as fotografias objecto do litígio possam considerar-se criações artísticas, atenta a escolha do seu objecto ou pelas condições da sua execução (art. 164 do CDAC), por isso não estão abrangidas pela protecção conferida pelo CDAC a obras dessa natureza”, embora seja impercetível saber quais são efetivamente as condições - ou a falta delas - que permitiu ao tribunal concluir que as fotografias não estão protegidas por direito de autor.

O Tribunal da Relação de Évora⁷⁰ teve oportunidade de decidir que um projeto de irrigação não se tratava de uma obra protegida, uma vez que não constava do elenco do n.º 1 do art. 2.º CDADC, que o próprio tribunal identificou como exemplificativo, não se chegando a pronunciar sobre os critérios substanciais da criatividade e originalidade para aferir se se tratava de uma criação intelectual.

⁶⁸ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo n.º 8864/2008-5, 16/12/2008.

⁶⁹ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo n.º 1848/07.0TJLSB-8, 02/07/2009.

⁷⁰ Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, Processo n.º 32/06.5TBBA.E1, de 15/05/2010.

Em caso diverso, considerou o Tribunal da Relação de Lisboa⁷¹ que a apresentação de informação sobre factos históricos com vista à criação de uma programa radiofónico não é uma obra protegida por direito de autor, mas uma mera contribuição para a criação da obra radiofónica protegida por direito de autor.

Curiosamente, vem o Tribunal da Relação de Lisboa⁷², face a alegações de contrafação, indicar que o conceito de um evento que democratiza o acesso à restauração de qualidade, não se encontra protegido por direito de autor, uma vez que este regime não protege conceitos. Vem ainda o tribunal reconhecer, implicitamente, que a memória descritiva do evento, registada junto do IGAC, se encontra protegida por direito de autor. Estranhamente, após ter reconhecido que não se tratava de uma obra protegida, o tribunal parte para analisar e comparar da individualidade dos conceitos dos eventos em sede de plágio, o que se afigura como metodologicamente errado, ao não aprofundar a análise de fundo sobre se os textos registados têm originalidade bastante.

O Tribunal da Relação de Lisboa⁷³ considerou que não existia plágio de obra jornalística que obteve um “exclusivo” na medida em que o direito de autor não protege obras pela sua “dimensão e densidade do processo criativo (...), esforços e (...) recurso a não explicada exclusividade de acesso a factos emergentes de um processo penal em fase de investigação que, na sua [da recorrente] tese, seriam relevantes para apontar a génese do direito”. Continua o tribunal referindo que, para identificação de nova obra, se deverá analisar e *fundir* as noções de criatividade e originalidade, pelo que, caso contrário, “não se cria, porquanto se mantém o estado *ex ante*, nada de novo se traz ao mundo, é nula a adição à realidade pretérita, inexistente o cunho individual, a marca pessoal diante do previamente conhecido”, afastando portanto a tutela jusautorais da mera informação e de relatos de factos.

Já o Tribunal da Relação de Lisboa⁷⁴ decidiu pela reprodução ilícita de uma obra fotográfica de um cidadão búlgaro num campeonato de pesca submarina, vindo no entanto a rejeitar, na esteira da decisão de primeira instância, que um segundo cartaz do

⁷¹ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo n.º 6229/05.8TVLSB.L1-7, 29/11/2011.

⁷² Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo n.º 358/13.1YHLSB.L1-7, 18/02/2014.

⁷³ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo n.º 374-15.9YHLSB.L1-6, 14/04/2016.

⁷⁴ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo n.º 295/12.7YHLSB.L1-7, 31/01/2017.

campeonato pudesse constituir uma reprodução não autorizada, na medida em que exprimia apenas a mesma ideia, numa exteriorização diferente. Nas palavras do tribunal, “A conjugação dos referidos aspetos encontrados nos novos sinais conferem-lhe uma outra manifestação que não se confunde com a expressão transmitida pela fotografia do autor e, em concreto, com a apontada parte que, por participar da originalidade da obra inteira, é objeto de proteção jusautorai”.

Quanto à reprodução da obra que veio a ser tida em conta pela referida decisão, vem o tribunal referir que “[o]ra, no caso em apreço, tal como se escreveu na sentença recorrida “do confronto entre aquela e estas imagens, tendo em vista a expressão criativa exteriorizada na primeira (e não apenas as ideias a ela subjacentes que, enquanto tais, não são objeto de proteção jusautorai), em termos de ângulo e posicionamento face ao mergulhador retratado, luz e contrastes de cor capturados, que relevam para o resultado visual conseguido, percecionado e desfrutado pelo observador, verifica-se que o elemento “mergulhador empunhando arma de pesca submarina” daquela imagem protegida se encontra reproduzido nos sinais da ré. O referido elemento que está presente nos sinais adotados pela ré contém o *“toque pessoal” que o autor conferiu à obra que criou e exprime, assim, a individualidade criativa do fotógrafo, gozando enquanto tal de proteção pelo direito de autor*” (destaque nosso).

No mais recente caso que se debruçou sobre o assunto, o Tribunal da Relação de Lisboa⁷⁵ considerou que o *trade dress* da marca *G-Star Raw* foi violado pela empresa titular da marca *Tiffosi*, chegando a tal conclusão através de uma análise comparativa entre vários produtos das referidas marcas e entre a forma como os produtos eram apresentados nas lojas, estando portanto em causa obras de arte aplicadas, desenho ou modelos industriais e obras de design que constituam criação artística (alínea i), n.º 1, art. 2.º). De relevante para o estudo que agora encetamos, o tribunal pronunciou a sua decisão invocando que o critério de originalidade aplicado a este tipo de obras não poderá ser igual ao utilizado para as restantes obras.

Nas palavras do próprio acórdão, “[n]ão se pode, obviamente, exigir aqui [para desenhos e modelos] (...) um grau de qualificação similar à quase inatingível excelência máxima, praticamente exclusivo das peças com inestimável valor histórico e elevadíssimo

⁷⁵ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo n.º 268/13.2YHLSB.L1-7, de 21-02-2017.

interesse cultural, dignas de integrar qualquer selectivo, credenciado e elitista museu de história, arquitectura, pintura ou qualquer outra ciência ou modalidade artística em geral”.

De notar aqui que a doutrina tem ido mesmo em sentido diametralmente oposto argumentando que as obras de arte aplicada deve ter um *Gestaltungshöhe* mais elevado, não se protegendo os *trocos*⁷⁶ ou, pelo menos, que o critério não deverá ser diferente. Na verdade, um critério de exigência demasiadamente baixo correria o risco de substituir a proteção industrial pela autoral⁷⁷.

Após a conclusão que a apelante *copiou* as obras, o tribunal vem identificar que o critério para existência de obra neste campo — tendo confirmado que no caso em concerto estávamos perante uma obra protegida — era a constituição de “um conceito processado intelectualmente com especial e laboriosa técnica, ênfase e engenho, gerando um efeito visual próprio e marcante do ponto de vista estético”, que se aproxima grandemente do anterior critério de interpretação da *Common Law* — “sweat to the brow” — que foi afastado da jurisprudência norte-americana no pós-acórdão *Feist* e que na tradição do *droit d’auteur* não tem cabimento.

Da análise das diferentes decisões que abordaram a existência ou não de obra protegida, torna-se claro que a aplicação do direito tem vindo a identificar, com o auxílio da doutrina, os principais problemas e soluções da construção dogmática dos requisitos da criatividade e originalidade, tendo no entanto maiores dificuldades em encontrar critérios que permitam aplicar estes conceitos teóricos à factualidade do caso concreto.

Em particular, é de notar a existência de um edificante desenvolvimento teórico sobre a significância dos conceitos de “criatividade”, “originalidade” e “individualidade”, mas a concretização destes conceitos nos casos em apreço é, em geral, concluída com um menor grau fundamentação no caso concreto, existindo até desvios recentes como no último caso analisado à corrente jurisprudencial dominante.

⁷⁶ Assim, SCHRICKER, Gerhard e LOEWENHEIM, Ulrich, “Urheberrecht: Kommentar”, Munique, 4ª edição, C.H. Beck, 2010, p. 93 e ss., em anotação ao §2 do Urheberrechtgesetz.

⁷⁷ Em sentido próximo, ROCHA, Maria Victória, “Contributos”, op. cit., p. 786-788, invocando também, juntamente com SCHRICKER que a discussão se deverá centrar que a obra de arte aplicada é antes de mais uma *obra de arte*.

É ainda importante mencionar que os diversos acórdãos analisados referenciam e mencionem factuaisidades ocorridas na Internet⁷⁸, mas não abordam casos ou litigância sobre CGU em Portugal.

De tudo o acima exposto é possível concluir que, em Portugal, a teoria subjetivista é sufragada pela maioria dos autores e julgadores⁷⁹, embora tenha operado um distanciamento relativamente à teoria clássica francesa que liga a originalidade à “marca pessoal do autor”⁸⁰, aproximando-se à terminologia germânica da “individualidade” e uma crescente e recente aproximação à jurisprudência do TJUE que exige um “espaço de criatividade” para tutela de obra através do direito de autor. Foi ainda possível identificar autores que criticam a excessiva banalização do direito de autor⁸¹, o que parece ter contribuído para um patamar elevado de exigência jurisprudencial na tutela de determinadas obras, nomeadamente as fotográficas⁸², embora tal conclusão esteja sempre em risco de uma nova decisão que reduza o patamar de originalidade necessário para obter proteção, como no recente caso *G-Star Raw versus Tiffos*⁸³.

Assim, consideramos que será metodologicamente acertado identificar em sentido negativo que não existirá proteção para:

- Ideias, os processos, os sistemas, os métodos operacionais, os conceitos, os princípios ou as descobertas (art. 1.º, n.º 2);
- Obras excluídas de proteção (art. 7.º);
- Reprodução de vulgaridades ou banalidades ou quando o objeto ou função se impõem ao autor;
- Quando *de minimis*, não existe novidade objetiva, em termos da concretização da obra, o que não deverá ser confundido com a novidade do conceito ou ideia retratados;

⁷⁸ Por exemplo, o Acórdão supra referenciado Processo n.º 8864/2008-5, onde a obra protegida se encontrava reproduzida e sendo divulgada de forma insidiosa em sítio da internet.

⁷⁹ Neste sentido, ROCHA, Maria Victória, “Contributos”, op. cit., p. 765.

⁸⁰ Neste sentido, MELLO, Alberto de Sá, “Manual de Direito de Autor e Direitos Conexos”, Coimbra, 2ª edição atualizada e ampliada, Almedina, 2016, p. 49 e 50.

⁸¹ Por todos, ASCENSÃO, José de Oliveira, “Direito de Autor e Direitos de Conexos”, op. cit., p. 89.

⁸² Também neste sentido, ROCHA, Maria Victória, “Contributos”, op. cit. 767.

⁸³ Segundo o já citado acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo n.º 268/13.2YHLSB.L1-7, de 21-02-2017.

- Independentemente da verificação de uma marca do autor na obra ou do mérito da obra.
- Quando não for possível identificar elementos/liberdade/espço criativos na concretização da obra.

Face a estes pontos *supra* que auxiliam a identificar o limiar mínimo de proteção, consideramos que existirá uma obra passível de proteção quando, positivamente, for possível individualizar com a exteriorização da obra, uma margem de opções criativas por parte do seu autor. Quanto maior o número de opções identificáveis na obra que resultem de um processo criativo, mais facilmente será justificar a proteção da obra, mas bastará que exista um espaço de liberdade criativa para que essa liberdade seja tutelada.

No caso dos CGU deparamo-nos variadas situações limite.

Os textos gerados por utilizadores em plataformas como fanfiction.net, wattpad.com ou archiveofourown.org poderão, em geral, ser considerados enquanto obras, cumprindo com relativa facilidade o patamar de originalidade necessário já que os seus autores operam com grande liberdade, desenvolvendo personagens e narrativas imaginárias, ainda que tal situação tenha que ser sempre analisada *in casu*. Como iremos analisar adiante, a maior problemática em relação a estas obras prende-se em saber se as obras produzidas são verdadeiras obras originais ou se se tratam de obra derivadas, devendo tirar-se as devidas consequências jurídicas.

Em relação aos conteúdos fotográficos partilhados em plataformas como *Instagram*, *Flickr*, *Pinterest*, *9Gag*, *Snapchat* ou *Facebook* não poderemos ser tão perentórios com a afirmação que a tendência será a existência de obras protegidas por direito de autor. De facto, esta questão relaciona-se com o patamar de originalidade para obras fotográficas, uma vez que o espaço de liberdade criativa é menor, resultado de uma maior dependência do fotografo face ao objeto que é retratado, bem como a questões culturais e tecnológicas que permitiram a massificação destas.

O caso dos vídeos e conteúdos audiovisuais apresenta menor problema deste ponto de vista, uma vez que os conteúdos partilhados apresentam patamares de criatividade mais elevados, embora possam surgir outras questões relacionadas com a sincronização de obras protegidas de terceiro.

No caso do jornalismo cidadão dever-se-á ter em conta que os meros relativos informativos não são passíveis de proteção, pelo que apenas artigos que partilhem diversos pontos de vista e incorporem a análise pessoal do seu escritor já poderão preencher os requisitos de proteção enquanto obra.

Também no caso dos conteúdos educacionais e enciclopédias *online*, a problemática da originalidade da obra será menor uma vez que tendencialmente têm uma maior quantidade de conteúdo que é original. Poderão surgir ainda assim questões relacionadas com a derivação de obras no caso das *wiki* que discorrem sobre outras anteriores protegidas, nomeadamente *wiki* sobre a saga *Game of Thrones*.

Diversos tipos de conteúdos virtuais poderão ser considerados enquanto obra protegida, desde que não exista uma reprodução de obras anteriores, o que por vezes sucede quando se tenta replicar a realidade. Ainda assim, a originalidade nestes casos deverá ter em conta as especificidades das mecânicas das plataformas virtuais onde a potencial obra estará alojada e deverá resguardar-se de proteger aspetos banais do próprios jogo. Notamos que os conteúdos criados exclusivamente em ambientes e plataformas virtuais irão assumir importância à medida em que a *Internet das Coisas* se expande⁸⁴.

2.3. Titularidade

As transformações que o Direito de Autor operou com o embate na Sociedade da Informação foram várias. Como anteriormente mencionado, os próprios critérios aferidores da existência de uma *obra original* foram sendo sucessivamente interpretados de formas distintas e recorrendo a novos critérios interpretativos, por exemplo, com a introdução das Diretivas das Bases de Dados e de proteção dos Programas de Computador da União Europeia e subsequentes decisões do TJUE. Acresce que a

⁸⁴ O crescente número de obras nesta situação poderá ser comprovado pela abertura de uma loja *online* somente dedicada à venda de CGU no jogo *Minecraft*, atualmente propriedade da *Microsoft*, WEBSTER, Andrew, "Minecraft is getting a new store for user-generated content" *in The Verge*, Nova Iorque, 10 de abril de 2017, disponível em <https://www.theverge.com/2017/4/10/15242732/minecraft-marketplace-announced-user-generated-content>, consultado a 10 de abril de 2017.

titularidade das obras protegidas por direito de autor foi sucessivamente alterada para beneficiar as empresas e não os autores, como reconhece aliás Oliveira Ascensão⁸⁵:

“Neste ponto, chamamos a atenção para algumas evoluções muito significativas no panorama jurídico.

(...)

2) Reversão do direito de autor para as empresas

Mais ainda: o próprio direito de autor vem afinal a beneficiar as empresas.

A situação dos Estados Unidos da América é paradigmática. A tão desejada tutela do direito de autor reverte para as empresas; porque os contratos de utilização acarretam, quase como fatalidade, a transmissão para a empresa dos direitos do autor, que é quem lucra afinal com eles.

Temos assim que os direitos exclusivos são, na sua justificação e apresentação legal, direitos dos autores; na sua realidade prática, direitos das empresas.”

Refere ainda o mesmo autor numa outra publicação⁸⁶ o seguinte:

“Teoricamente, é o autor quem é protegido. Na realidade, a proteção beneficia cada vez mais abertamente a empresa; ou até a beneficia exclusivamente, como no caso do direito sui generis sobre bases de dados”.

Face a estas considerações, cabe-nos analisar de que forma é que o direito de autor atribui a titularidade de obras tuteladas por direito de autor e direccionar esta abordagem ao caso dos CGU, ou seja, para saber na prática como a titularidade tem vindo a ser atribuída, face às várias peculiaridades dos CGU, na medida em que, *i)* o autor não é por vezes identificável, sendo normal o anonimato, *ii)* várias pessoas contribuem para a criação da mesma obra e *iii)* as empresas arrogam-se muitas vezes os direitos patrimoniais através dos termos e condições dos *websites*.

⁸⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira, “A Sociedade da Informação” in *Direito da Sociedade da Informação*, Vol. I, Coimbra, 1999, p. 167.

⁸⁶ Idem, “Novas Tecnologias e Transformação do Direito de Autor” in VIDE, Carlos Rogel (coord.), *Nuevas Tecnologías Y Propiedad Intelectual*, Madrid, Editorial Reus, 1999, p. 238

Iremos ainda no presente capítulo identificar de que forma é que os direitos pessoais ou patrimoniais são teoricamente encontrados e como é que têm vindo a ser tratados na prática das obras protegidas por direito de autor na Internet.

Esta identificação do titular do direito de autor é crucial para estabelecer quem é que poderá exercer as faculdades que são abrangidas por este regime. No caso dos direitos pessoais, encontramos várias faculdades que o autor poderá exercer, incluindo o direito **i)** de reivindicar a paternidade da obra, **ii)** de assegurar a genuinidade e integridade da obra, **iii)** ao inédito, **iv)** de retirada, **v)** ao nome e **vi)** à modificação. O direito patrimonial de autor permite assegurar a fruição da obra e confere diversas faculdades que decorrem da sua utilização tais como a **i)** reprodução, **ii)** transformação, **iii)** inclusão em obra diferente ou **iv)** colocação em circulação.

2.2.1. O *standard* da autoria singular

Segundo o art. 11.º do CDADC, a titularidade das faculdades conferidas pelo direito de autor pertence ao criador intelectual da obra. Daqui se conclui que caso estejamos perante uma obra merecedora de tutela autoral, as faculdades pessoais e patrimoniais são atribuídas ao seu autor.

Atendendo aos diplomas legais que regulam o direito de autor, é possível percebermos que a palavra “autor” é polissémica e que estes diferentes significados têm diversas consequências jurídicas, já que a lei poderá estar a referir-se ao **i)** criador intelectual, **ii)** autor (titular) originário ou **iii)** autor (titular) atual.

Poderá mesmo dizer-se que “não existe obra sem autor”⁸⁷, embora tal não signifique dizer que o autor é sempre identificável. Tal poderá resultar de casos em que as obras são

⁸⁷ Recentemente e com o advento das tecnologias de “inteligência artificial”, os próprios computadores passaram a ser estudados pela doutrina enquanto potenciais criadores de obras, por todos, SAMUELSON, Palmela, “Allocating Ownership Rights in Computer-Generated Works” *in* University of Pittsburgh Law Review, Vol. 47, 1985, Pittsburgh, p. 1185 e ss., que sugere que perante criações realizadas por softwares pré-programados ou dotados de inteligência artificial, a titularidade do direito de autor deverá ser atribuída ao seu utilizador, mesmo que o contributo criativo deste seja reduzido ou inexistente, de forma a criar um sistema de incentivos para a divulgação destas obras.

anónimas, criadas sob pseudónimo, obras órfãs⁸⁸, obras coletivas com diversos criadores não identificáveis ou ainda caso tenha havido lugar a vínculo obrigacional que, nos termos da presunção do n.º 3 do art. 14.º do CDADC, o autor renuncie à menção de autoria em obras feitas por encomenda ou por contra de outrem.

Assim, embora “não exista obra sem autor” e “toda a criação de obra intelectual é humana”, o autor pode não coincidir com o criador da obra, ou seja, o titular dos direitos tratado por vezes enquanto autor pode não ser uma pessoa física. A este propósito, vem a lei brasileira sobre direitos autorais esclarecer esta questão de forma mais direta, estatutando no seu artigo 11.º que “[a]utor é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica” e indicando no parágrafo único que “[a] proteção concedida ao autor poderá aplicar-se às pessoas jurídicas nos casos previstos nesta Lei”.

De tudo isto resulta que apenas o criador intelectual da obra poderá reivindicar a sua paternidade sobre a obra e que tal não deverá ser confundido com a titularidade dos direitos sobre a obra, sendo tal no mínimo curioso visto que o artigo 27.º CDADC foi inserido sob a epígrafe da paternidade da obra; uma questão é a titularidade dos direitos e outra é o seu exercício. É ainda importante referir que o n.º 1 do art. 27.º deverá ser lido no sentido de estabelecer que, salvo convenção em contrário, a titularidade originária pertence ao criador intelectual da obra⁸⁹.

Todas estas considerações são particularmente relevantes no tocante aos CGU na medida em que, pelos princípios estabelecidos, as faculdades conferidas pelo direito de autor são atribuídas ao seu criador intelectual. É este o *standard*, ou seja, o princípio, definido pela lei autoral. No entanto, teremos que deixar claro que embora existam várias exceções decorrentes de tipos de autoria distintos da singular como a obra coletiva, ou fruto de vicissitudes contratuais, o caso-tipo é que todos os direitos sobre a obra pertencem ao seu criador intelectual. A verificação deste princípio ocorrerá de igual forma

⁸⁸ Analisando se os jogos de computador recaem no âmbito da Diretiva 2012/28/EU sobre obras órfãs, concluindo em sentido afirmativo, visto que os mesmo deverão ser tratados enquanto *obras audiovisuais*, existindo no entanto alguns obstáculos quanto às necessidades de preservação dos jogos uma vez que a Diretiva não permite contornar eventuais medidas tecnológicas de proteção, MAIER, Henrike, “Games as Cultural Heritage: Copyright Challenges for Preserving (Orphan) Video Games in the EU”, in *JIPITEC – Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, Vol. 6, n.º 2, 2015, p. 127.

⁸⁹ Neste sentido, ASCENSÃO, José de Oliveira, “Direito de Autor e Direitos Conexos”, cit, p. 107, também VIEIRA, José de Alberto, “Obras Geradas por Computador e Direito de Autor” in *Direito da Sociedade de Informação*, Vol. II, Coimbra, 2001, p. 134 e ainda, MELLO, Alberto de Sá, “Manual de Direito de Autor e Direitos Conexos”, cit., p. 52.

com os CGU, ou seja, o princípio é que o criador dos CGU é o titular dos direitos sobre a obra criada. A existência de vínculos obrigacionais que possam existir em momentos posteriores e que venham a transmitir ou onerar o direito de autor importará apenas para efeitos de aquisição derivada de direito de autor, estando excluída a transmissão ou operação dos direitos pessoais de autor, nos termos do art. 42.º.

Assim, cumpre esclarecer que o direito ao nome da obra não poderá ser cedido. Tal resulta em Portugal do n.º 3 do art. 29.º CDADC, que nos dá uma resposta à questão, indicando que deverá ser tida como nula, independentemente da vontade do autor, uma cláusula em que alguém possa usar em obra sua o nome de outro autor. A aquisição originária da titularidade dos direitos não se poderá no entanto confundir com o sujeito da criação intelectual, mesmo quando se lê esta questão à luz dos artigos relativos à obra realizada por encomenda ou por conta de outrem, o que significa que um sujeito não se poderá arrogar da indicação de ser o criador intelectual quando na verdade não o é.

A lei vem ainda esclarecer nos termos do art. 12.º que o direito de autor é reconhecido independentemente de qualquer formalidade, não sendo necessário o seu registo, visto que a obra é protegida no momento da sua exteriorização, qualquer que seja o meio, digital ou não. Esclarece ainda que a lei, no seu art. 13.º, que o mecenas ou o subsidiador de uma obra não lhe vê atribuída qualquer faculdade decorrente do direito de autor pela mera circunstância de ter financiado ainda que totalmente a obra, exceto tal tenha sido convencionado eventualmente nos termos da obra feita por encomenda. Este artigo esclarece ainda que ao sujeito que faculta os meios de produção ou divulgação da obra não é atribuído qualquer direito autoral por esse facto, o que permite concluir que as plataformas que permitem a criação ou albergam CGU, não são autoras nem titulares de qualquer direito sobre as obras colocadas nas suas plataformas fruto dessa situação.

Adicionalmente, importa mencionar que é recorrente que os autores de CGU escrevam sob pseudónimo, usando *nicknames* ou alcunhas e que tal é bastante para identificar o autor de uma obra, nos termos do art. 28.º do CDADC. Para facilitar a identificação do autor, a lei estabelece uma presunção a respeito da identidade do autor, nos termos do n.º 2 do art. 27.º, através da qual se estabelece que o autor presume-se “aquele cujo nome tiver sido indicado como tal na obra, conforme o uso consagrado, ou anunciado em qualquer forma de utilização ou comunicação ao público”. Como referido, a maioria dos CGU são criados sob pseudónimo, pelo que o *nickname* do autor que surge associado à

obra partilhada deverá ser tido como o autor da obra, desde que não existam dúvidas sobre a sua identidade (2ª parte do n.º 1 do art. 15.º da Convenção de Berna). Ora, a maioria das plataformas de CGU requerem que os seus utilizadores partilhem conteúdo apenas após acederem ao *website* através de *logins* e *passwords* únicas a cada utilizador, o que permite com um grande grau de certeza ligar um determinado autor (sob pseudónimo) à obra. Em certos CGU, criados dentro das próprias plataformas, como por exemplo os conteúdos virtual de jogos de computador, o próprio código assegura que determinado utilizador é o autor do conteúdo; o código é lei⁹⁰.

Adicionalmente, a indicação do autor surge usualmente, não na própria obra, mas em secções distintas da página *web*. Historicamente tal mudança de paradigma poderá dever-se a um menor grau de desenvolvimento tecnológico no momento de conceção da Internet que não permitia criar experiência ricas de conteúdo que se aproximassem da experiência de um livro. Os conteúdos *online* não seguem um formato similar às obras físicas para que permitam de igual forma identificar o autor, como por exemplo, quando comparando com obras literárias, por não existirem capas, ou obras videográficas, por não ser normal a existência de créditos. Ainda assim, essa identificação é feita e deverá ser considerada hábil para efeitos da presunção do n.º 2 do art. 27.º.

Esta questão assume maior importância no caso das obras fotográficas dado a sua ubiquidade na era digital como um dos principais CGU, visto que, de acordo com a alínea a) n.º 1 do art. 167.º, os exemplares das fotografias deverão indicar o nome do fotógrafo para que a reprodução abusiva possa ser considerada irregular, não sendo possível que o titular do direito de autor possa exigir montantes pela referida reprodução ilícita⁹¹. Esta exigência formal é de difícil compreensão⁹² face ao n.º 2 art. 5.º da Convenção de Berna que dispõe que “[o] gozo e o exercício destes direitos [conferidos pela lei] não estão subordinados a qualquer formalidade”⁹³, confronto este que levanta graves problemas

⁹⁰ “Code is law”, dando como exemplo os conteúdos criados pelos utilizadores do *Second Life*, LESSIG, Lawrence, “Code 2.0”, Basic Books, Nova Iorque, 2006, p. 110-111.

⁹¹ De forma contundente sobre o presente assunto, refere o Tribunal da Relação do Porto que “[a] fotografia não poderá constituir obra protegida se não contiver o nome do autor”, op. cit. Processo n.º 9120900.

⁹² Oliveira Ascensão considera que a exigência desta formalidade é um reconhecimento de que a obra fotográfica é um misto entre direito de autor e direito conexo, ASCENSÃO, José de Oliveira, “Direito de Autor e Direitos Conexos”, cit, p. 509 e 510.

⁹³ Aliás, a questão das formalidades como condição de proteção autoral, juntamente com a questão dos direitos morais, levou a que os Estados Unidos da América tenham demorado 102 anos a aderir à Convenção de Berna.

para o reconhecimento da proteção dos direitos em pleno conferidos às obras fotográficas nacionais ou estrangeiras em Portugal. Ainda assim, no âmbito dos CGU, uma obra fotográfica aparecerá na esmagadora maioria dos casos associada à publicação de um determinado utilizador, mesmo que tal não esteja indicado no próprio exemplar da obra. Situação igual sucede aliás com o estabelecimento da presunção de autoria, conforme parágrafo anterior, onde a menção ao autor pode não surgir diretamente na obra, mas em secções das páginas *web* a par e passo com a obra, sendo bastante para identificar o autor. Assim, a existência de indicação do autor, a par e passo com a obra fotográfica, reproduzida através de plataforma de CGU deverá ser tida como bastante para o preenchimento dos requisitos do art. 167.º n.º 2. Acresce que outros métodos de identificação da obra poderão ser aplicados à obra, incluindo metadados que identifiquem o autor. O próprio Tribunal da Relação de Lisboa⁹⁴ teve a oportunidade de se pronunciar a este respeito, confirmando o entendimento *supra*, indicando que a identificação do nome do autor, ainda que sob pseudónimo, numa página *web* da plataforma de CGU - [flickr.com](https://www.flickr.com) - e não na própria obra, era bastante para preencher o requisito do art. 167.º n.º 2.

De tudo o referido acima poderemos concluir que os CGU que se reportam a obras criadas singularmente, importam a constituição do direito de autor na pessoa do seu criador intelectual, o que se aplicará aos casos de textos literários, fotografias, vídeos, jornalismo cidadão ou conteúdos virtuais. A atribuição da titularidade do direito de autor inclui as faculdades pessoais ou patrimoniais que se irão repercutir na esfera do seu criador intelectual. Assim, na ausência de qualquer convenção ou disposição legal especial, um criador de um CGU reterá a possibilidade de reivindicar a paternidade da obra ou de a retirar, bem como de fruir da mesma. No entanto este *standard* de atribuição de titularidade apenas raramente se verificará uma vez que as plataformas de CGU têm termos de condições que oneram o direito de autor.

No entanto, na medida em que o direito pessoal de autor é irrenunciável, as plataformas de CGU devem acautelar mecanismos que permitam aos seus utilizadores exercer as faculdades conferidas por este direito, o que nem sempre se verifica uma vez que muitas destas plataformas têm origem em jurisdições com sistemas de *copyright* e que atribuem uma menor relevância ao exercício das referidas faculdades, embora tal não possa servir de justificante para inviabilizar o exercício destas.

⁹⁴ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo n.º 295/12.7YHLSB.L1-7, 31/01/2017.

Retiramos ainda do *supra* exposto que a prática dos CGU em relação à utilização de pseudónimos (*nicknames*) segue as orientações legislativas. No caso das obras fotográficas, a necessidade de identificação do autor conforme alínea a) n.º 1 do art. 167.º poderá gerar dúvidas interpretativas quando a saber se o requisito se encontra preenchido em partilhas *online*, embora a jurisprudência tenha vindo a concluir de forma mais generosa, fruto da algo incompreensível inserção deste preceito que estabelece uma formalidade para proteção da obra.

2.2.2. Os casos específicos

A autoria singular apresenta-se como o *standard* da autoria e atribuição de direitos a indivíduos. Ainda assim, existem casos especiais que são tratados pela lei e que merecem igualmente consideração da nossa parte.

Em primeiro lugar, faremos uma breve análise quanto à obra derivada, partindo para explorar as obras coletivas ou realizadas em colaboração.

2.2.2.1. A obra derivada

O tipo de autoria que assume maior importância na prática dos CGU é a obra derivada, fruto da cultura do *remix* do *copy-paste* que se popularizou com o advento da Internet. Uma obra derivada consiste portanto numa transformação de uma obra preexistente.

Dada a importância deste tipo de obras para a presente análise, iremos dedicarmo-nos ao mesmo, mais atentamente, adiante, tecendo agora considerações sobre titularidade das mesmas.

As considerações vertidas a respeito da autoria singular valem para a autoria de obra derivada na medida em que esta deverá igualmente ser tratada enquanto uma obra original e não apenas enquanto obra equiparada a original. Isto é, quando a nova obra for criada por um autor e não respeitar a um tipo especial de titularidade, deverá ser aplicado o regime geral estabelecido para a autoria singular.

Adicionalmente, a obra derivada poderá ainda reportar-se às situações descritas no art. 14.º, a respeito de obras feitas por encomenda ou por conta de outrem, quer em cumprimento de dever funcional quer de contrato de trabalho.

Nos termos do art. 3.º, n.º 2, “A protecção conferida a estas obras não prejudica os direitos reconhecidos aos autores da correspondente obra original”.

Assim, o autor da obra preexistente mantém os seus direitos sobre esta. Por outro lado, o autor da obra derivada reterá as faculdades conferidas pelo direito de autor, apenas na medida das transformações originais que realizou à obra preexistente.

Refira-se ainda que é possível a existência de casos em que será necessário obter a autorização do autor da obra preexistente e do autor da obra derivada, caso um terceiro pretenda efetuar uma utilização de ambas as obras. Uma versão bem sucedida de uma peça teatral, baseada num texto literário, poderão ser adaptadas ao cinema.

2.2.2.2. A obra compósita

A respeito da obra compósita, cumpre referir que esta assume uma menor importância a respeito dos CGU, ainda assim importa esclarecer as diferenças desta perante a obra derivada.

Como sabemos, a obra derivada resulta de uma transformação de uma obra preexistente. Por outro lado, a obra compósita resulta da conjugação de uma nova obra com outra preexistente. No primeiro caso o foco situa-se na adaptação, no segundo, na conexão. Assim, uma obra derivada será uma dramatização de um texto literário, uma obra compósita será a conjugação de uma melodia com uma letra musical, também conhecido como *direito de sincronização*. Note-se ainda que uma obra compósita não o será, quando ambas forem criadas em conjunto, situação em que estaremos perante uma obra feita em colaboração.

Tal entendimento é regulado nos termos do art. 20.º do CDADC. Dado que a criação não é conjunta, a lei separou a titularidade sobre ambas as obras, onde os direitos do autor da

obra preexistente não são afetados pela obra subsequente, numa aproximação ao regime da titularidade da obra derivada. A obra subsequente estará limitada à sincronização nos termos do acordo celebrado pelas partes, sendo que o seu titular poderá exercer as faculdades inerentes ao direito de autor quanto à obra que criou.

Quanto aos CGU, encontramos ocorrência deste tipo de obra, principalmente quanto a vídeos originais onde o autor dos mesmos pretende sincronizar músicas de terceiros. Caso estejamos perante um uso privado ou outra utilização livre que o permita, não será necessária a obtenção de autorização do autor da obra preexistente.

2.2.2.3. As obras de colaboração e coletiva

Este tipo de obras aparece previsto nos artigos 16.º e ss. do CDADC. Segundo este artigo a obra considera-se criada em colaboração quando “divulgada ou publicada em nome dos colaboradores ou de alguns deles, quer possam discriminar-se quer não os contributos individuais”; as obras coletivas são-no “quando por iniciativa de entidade singular ou colectiva e divulgada ou publicada em seu nome”.

Esta distinção é merecedora de algumas críticas, principalmente no tocante às obras feitas em colaboração, uma vez que o critério da divulgação ou publicação parece diluir-se com a presunção estabelecida do art. 17.º n.º 3, uma vez que segundo este último artigo parece ser possível que certos autores não sejam divulgados enquanto tais, embora o sejam; como também é possível que a divulgação seja feita em nome de uma entidade coletiva e a obra seja ainda assim realizada em colaboração⁹⁵.

O principal critério para as distinguir deve ser entendido à luz da alínea b), n.º 1 do art. 16.º, que refere que a iniciativa da criação partiu de uma entidade coletiva ou de uma entidade singular (empresário). A atribuição originária da titularidade do direito de autor será assim a favor desta entidade, enquanto que no caso da obra feita em colaboração, a titularidade pertencerá originariamente aos criadores da mesma, ainda que possam derivadamente transmiti-la a terceiros.

⁹⁵ Neste sentido, ASCENSÃO, José de Oliveira, “Direito de Autor e Direitos Conexos”, cit, p. 123 e 124.

Quanto ao exercício do direito de autor em obras feitas em colaboração, aplica-se, salvo o convenção em contrário, as regras de compropriedade. Segundo o art. 18.º, qualquer dos autores pode “solicitar a divulgação, a publicação, a exploração ou a modificação de obra feita em colaboração, sendo, em caso de divergência, a questão resolvida segundo as regras da boa-fé”. Ainda assim qualquer dos autores poderá “exercer individualmente os direitos relativos à sua contribuição pessoal”, quando esta possa individualizar-se.

Como referido perante uma obra coletiva, a titularidade originária será atribuída à entidade que permitiu e estabelece a organização suficiente para a realização da obra. Ainda assim, o art. 19º remete para a obra em colaboração, o exercício individual dos direitos, quando seja quando seja possível identificar os contributos de cada um dos autores.

2.2.3. Aquisição originária e direitos pessoais

Entramos numa problemática teórica de grande importância para o direito de autor e que se prende com saber se o direito de autor adquirido originariamente por pessoa diferente do criador intelectual importa a sua constituição na esfera jurídica do primeiro, que poderá eventualmente ser uma pessoa jurídica e não física. Encontramos resposta a esta questão na doutrina, embora as conclusões sejam por vezes diferentes, uma vez que diversos autores partem por vezes de pontos de partida diferentes e que são propiciados por preceitos normativos pouco claros.

Oliveira Ascensão baseia a sua opinião sobre o assunto na possibilidade de aquisição originária do direito de autor por pessoa diversa do criador intelectual⁹⁶. No entanto apenas admite a aquisição originária da vertente patrimonial do autor, mas não da vertente pessoal. Nas palavras do autor⁹⁷, “o titular originário que não for o criador intelectual não tem o direito pessoal de autor. (...) Concluimos assim que o direito pessoal apenas cabe ao criador intelectual que for também o titular originário. Qualquer outra entidade não tem o direito pessoal, mesmo quando lhe couber a titularidade originária. Só

⁹⁶ Em igual sentido, MELLO, Alberto de Sá, “Manual de Direito de Autor e Direitos Conexos”, cit., p. 275-276.

⁹⁷ Neste sentido, ASCENSÃO, José de Oliveira, “Direito de Autor e Direitos Conexos”, cit, p. 194-196.

poderá ter meras faculdades pessoais desgarradas, que não estão sujeitas necessariamente ao regime global do direito pessoal de autor”.

Em sentido parcialmente diverso, Alberto de Sá Mello considera que é possível a atribuição da titularidade originária sobre uma obra a pessoa diferente do seu criador. No entanto não acompanha Oliveira Ascensão quando este refere que será possível que a atribuição de direito de autor seja amputada de faculdades pessoais, mesmo que admita que o exercício dessas faculdades poderá ser “difícil”, esta posição é assumida em relação a obras criadas em cumprimento de contrato⁹⁸. Diversamente e em relação às obras coletivas, o mesmo autor, considera que “(...) as organizações sob cuja égide são criadas as obras coletivas e que podem ser pessoas singulares ou coletivas (meramente jurídicas, sem existência natural)”, referindo ainda que caso exista disposição, tal também sucederá para as obras criadas em execução de contrato de trabalho ou de prestação de serviço, conforme n.º 2 do art. 14.º CDADC, sendo mais contundente a propósito de obras coletivas, onde “(...) nada obsta à titularidade pela “empresa” de direitos pessoais”⁹⁹.

Em sentido contrário, Luiz Francisco Rebello considera que a aquisição originária de direito de autor por pessoa diversa do criador intelectual não é possível, ou seja, “[o]utrem, que não o criador, pode ser titular do direito inerente à obra daquele — embora a titularidade originária pertença sempre (...) ao criador intelectual”¹⁰⁰. Assim, os direitos pessoais nunca se constituem a favor de pessoa que não o criador intelectual, uma vez que os direitos pessoais são intransmissíveis (n.º 2 do art. 56.º). Nas palavras do próprio autor, (...) [os] direitos morais que, pela sua natureza estritamente pessoal, são inalienáveis, e portanto não se incluem nos poderes transmitidos por ato *inter vivos* (artigo 42º) nem entram na esfera jurídica da entidade que encomenda a obra ou por conta da qual esta foi criada, ainda que o direito sobre ela lhe seja atribuído (artigo 15º-2). Em qualquer destes casos, é tão-só o conteúdo patrimonial do direito que se transmite ou é atribuído, subsistindo no criador a titularidade plena do direito de autor¹⁰¹.

⁹⁸ MELLO, Alberto de Sá, “Manual de Direito de Autor e Direitos Conexos”, cit., p. 275 e 276.

⁹⁹ *Idem, ibidem*, p. 141-144.

¹⁰⁰ REBELLO, Luiz Francisco, op. cit., p. 104.

¹⁰¹ *Idem, ibidem*, p. 107.

Em sentido semelhante ao autor anterior, Alexandre Dias Pereira considera que “(...) o autor é o criador intelectual da obra, e o direito de autor pertence-lhe originariamente, pelos simples facto da criação”¹⁰². E adiante, “(...) autor é a pessoa humana que cria a obra, adquirindo, por isso, originariamente, o direito de autor, quer na vertente pessoal, quer na vertente patrimonial”¹⁰³.

Tomando como ponto de análise jurisdições diversas da portuguesa, em texto que aborda o ponto de vista do direito brasileiro, Oliveira Ascensão esclarece que existem limites a pactos de atribuição originária de direitos de autor, indicando que “[a]ntes de mais, é-lhe aplicarem o limite que resulta da própria previsão legal da obra coletiva, no artigo 16 § 1.º. Aí, apesar de se fazer a atribuição legal dos direitos a um não criador intelectual, mantêm-se direitos pessoais ou morais no que respeita aos participantes na obra coletiva. Aqui, por maioria de razão, é de concluir que esses direitos morais permanecem na titularidade de quem convencionou a atribuição do direito de autor a outra pessoa”¹⁰⁴. Neste sentido, a legislação brasileira oferece uma maior clareza que a lei portuguesa, especialmente tomando em considerações os comentários já tecidos em relação ao n.º 1 do art. 27.º do CDADC. A lei brasileira n.º 9.610 determina perentoriamente que o autor é a pessoa física e de seguida refere que as proteções atribuídas a este podem ser aplicadas a pessoas jurídicas; em igual sentido literal, a *Ley de Propiedad Intelectual* espanhola, no seu art. 5.º. O alemão *Urhebergesetz* chega a mesmo resultado, embora não siga o exato sentido literal, no art. 7.º, indicando que o autor é o criador da obra, não admitindo convenções em contrário; adicionalmente não autoriza a transferência do direito de autor (art. 29.º). O *Code de la propriété intellectuelle* francês prefere uma abordagem diferente uma vez que não regula o *standard* da titularidade e, no seu art. L113-1, remete para uma presunção ilidível onde o autor é aquele cujo nome figura na obra divulgada. Mesmo no seu art. L113-5, onde refere que a obra coletiva poderá ser propriedade de uma pessoa jurídica, volta a remeter para uma presunção ilidível e, na alínea 2, refere que aquele cujo nome é

¹⁰² PEREIRA, Alexandre Dias, “Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnodigital”, cit., p. 276.

¹⁰³ *Idem, ibidem*, p. 277 e 278.

¹⁰⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira, “Obra Audiovisual. Convergência de Tecnologias. Aquisição Originária do Direito de Autor” in *O Direito*, Vol. I, n.º 133.º, 2001, p. 15.

divulgado na obra poderá exercer os direitos de autor¹⁰⁵. A solução nacional positivada parece pois ser original.

Assim, não podemos deixar de concluir que esta norma do art. 27.º do CDADC parece não só repetir o preceito do seu art. 11.º, mas ao ter sido inserida com a epígrafe referente ao direito pessoal, permite a um titular não criador reivindicar a paternidade da obra. Na medida em que a questão da titularidade estava já resolvida no art. 11.º e ss., acreditamos que este artigo deve ser lido no sentido de permitir que, caso haja disposição em contrário, o titular originário que seja diferente do criador intelectual pode exercer as prerrogativas para assegurar a paternidade da obra é respeitada. Esta norma indica que os poderes conferidos pelo direito de autor podem ser exercidos por pessoa não criadora, mas falar do exercício dos direitos não significa definir quem é o criador de determinada obra, existindo portanto uma diferença entre o sujeito criador e o sujeito que exerce os direitos.

Segundo a conceção dualista do sistema do *droit d'auteur*, os direitos pessoais decorrem de imperativos éticos que ligam a obra à personalidade do seu criador intelectual conforme impressa na obra, sendo acompanhados da vertente patrimonial que permite a sua fruição. No *standard* da atribuição do direito de autor, o criador intelectual retém ambas as vertentes totalmente. Assim, a natureza do direito pessoal está geneticamente ligada ao seu criador intelectual, uma vez que lhe permite efetivar a defesa da sua honra e reputação, ou seja, o núcleo duro do direito pessoal, mas já não haverá uma ligação genética a um autor que não seja o seu criador intelectual, uma vez que não poderemos falar da defesa da honra e reputação deste, até porque se poderá tratar de pessoa coletiva. No entanto, existem faculdades pessoais de natureza híbrida¹⁰⁶ e que começam a resvalar para uma zona cinzenta *versus* as faculdades patrimoniais, tal como seja o direito de sequência¹⁰⁷ e que atenuam as diferenças entre os sistemas dualistas e

¹⁰⁵ Dado que a técnica jurídica utilizada no Código francês remete sempre para o autor presumível, a discussão teórica de saber quem é o titular do direito de autor e quem o pode exercer é igualmente conturbada. Para duas opiniões diversas na doutrina francesa, LUCAS, Henri-Jacques, LUCAS, André e LUCAS-SCHLOETTER, Agnès, “Traité de la propriété littéraire et artistique”, Paris, 4ª edição, LexisNexis, 2012, p. 185, que indica razões práticas para justificar que o titular originário retém o direito pessoal. Em sentido contrário, DESBOIS, Henri, “La propriété littéraire et artistique”, Armand Colin, Paris, 1953, p. 161.

¹⁰⁶ Usando esta terminologia, RAJAN, Mira T. Sundara, “Moral Rights: Principles, Practice and New Technology”, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 443.

¹⁰⁷ Identificando o direito de sequência como fazendo parte de uma estrutura pluralista do direito de autor nacional, VIEIRA, José Alberto, “Direito de Sequência” *in* Revista do Direito Intelectual, n.º 1, 2015, APDI, Almedina, p. 26

monistas; acresce que sistemas de *copyright* que são teoricamente monistas, acabam reconhecendo faculdades pessoais, como seja a proibição de destruição de obra do direito norte-americano¹⁰⁸.

Portanto, quando interpretadas as opções legislativas a respeito da titularidade do direito de autor, concluímos que a atribuição originária do direito de autor por pessoa diversa do criador intelectual é acolhida entre nós, uma vez que nos parece excessivo que, na prática, o direito de autor se venha a transmitir derivadamente quando, no momento da criação, *ex lege* ou *ex voluntate*, ele já se encontra onerado, pelo que só através de uma ficção ele se viria a transferir segundos depois para a esfera jurídica do comitente. Embora não acompanhemos esta posição, ela tem o mérito de simplicidade ao atribuir maior força ao princípio da irrenunciabilidade do direito pessoal, uma vez que este se irá repercutir sempre na pessoa do criador intelectual. No entanto, analisando a questão da atribuição das faculdades pessoais e patrimoniais à luz da génese dualista - ainda que atenuada - do direito de autor nacional, consideramos que o direito pessoal apenas e sempre se constituirá na esfera do criador intelectual, mesmo que a titularidade originária (dos direitos patrimoniais) não lhe pertença¹⁰⁹. Assim, a aquisição originária por pessoa não criadora apenas se reportará às faculdades patrimoniais e a certas faculdades híbridas e que se encontram no limbo entre o pessoal e patrimonial, o que atenuará o exercício plenos dos direitos do criador intelectual, mas que assegurará que os direitos pessoais sejam sempre atribuídos.

2.2.4. Breves considerações sobre o exercício dos direitos pessoais

De tudo o acima exposto, os direitos pessoais podem assim ser exercidos pelo seu criador intelectual pelo que importa perceber em que tal se traduz.

¹⁰⁸ Defendendo que as concepções do *droit d'auteur* francês e do *copyright* norte-americano não são substancialmente diferentes de um ponto de vista teórico e prático e, acrescentamos nós, comprovado em parte pela recente adesão dos E.U.A. à Convenção de Berna que reconhece os direitos morais, GINSBURG, Jane, "A Tale of Two Copyrights: Literary Property in Revolutionary France and America" in *Tulane Law Review*, Vol. 64, n.º 5, 1990, p. 991-1031.

¹⁰⁹ Em sentido próximo, do ponto de vista do direito de sequência, VIEIRA, José Alberto, "Direito de Sequência", *op. cit.*, p. 24.

Em primeiro lugar, o direito de retirada, previsto no art. 62.º do CDADC, estabelece que o autor poderá **i)** fazer cessar a circulação da obra e **ii)** cessar as utilizações que dela sejam feitas. Para tal, o autor necessitará de se apoiar em “razões morais atendíveis” e deverá indemnizar pelos prejuízos causados.

Este direito não afeta as cópias ou exemplares previamente postos em circulação, uma vez que o direito se esgota com a sua primeira venda. As “razões morais atendíveis” não são arbitrárias¹¹⁰, devendo ser justificadas e que afetem, entre outras, a honra e reputação do autor. As plataformas de CGU devem respeitar o direito de retirada e criar mecanismos que assegurem o seu exercício¹¹¹.

Também o direito ao nome assume importância, uma vez que o autor deverá ser apelidado enquanto tal, quando a sua obra seja utilizada. Mesmo no caso das utilizações livres esse direito está previsto (art. 76.º, n.º 1, alínea a)) e caso não seja cumprido, poderá resultar em contraordenação nos termos do art. 205.º 2.º 2.

Relacionado com este direito encontramos o direito a reivindicar a paternidade da obra, o que significa que este poderá apresentar-se como autor da mesma e impedir que terceiros se apresentem como autores da obra, algo que é sancionável em sede de contrafação. Embora o seu exercício possa ser limitado, não havendo menção ao autor, mesmo que tal tenha sido estipulado, este poderá ainda assim exigir a menção, devendo para tal indemnizar pelos prejuízos causados.

Também o direito à integridade da obra e especialmente as questões concernentes à modificação da obra serão analisadas em sede da obra derivada.

2.2.5. Casos de estudo: o jornalismo cidadão e as wiki

Usualmente considerando-se como obras coletivas, os jornais, as publicações periódicas ou as enciclopédias. No entanto, com a passagem para o digital, o paradigma alterou-se

¹¹⁰ Assim, ASCENSÃO, José de Oliveira, “Direito de Autor e Direitos Conexos”, cit, p.174 e 175.

¹¹¹ No caso do Facebook, é assegurada a retirada, tendo o efeito de terminar da licença concedida à empresa, nos termos do *Statement of Rights and Responsibilities*, disponível em <https://www.facebook.com/terms>, consultado a 27 de abril de 2017.

ou pelo menos será merecedor de mais atenção. Embora os jornais ditos clássicos, dirigidos por órgãos de comunicação social, tenham dado o salto para o digital, e mantêm-se a conclusão que se tratam de obras coletivas, poderá ser mais difícil invocar tal realidade no contexto dos CGU e, em particular, do jornalismo cidadão.

Embora existam entidades que permitam que os artigos jornalísticos sejam partilhados com a comunidade, como o já refiro blastingnews.com, o seu papel é em geral e tão só, o da manutenção da plataforma que permite a publicação deste conteúdo, imiscuindo-se raramente no conteúdo exceto para efeitos de moderação. Caso não existam licenças ou contratos que afetem a titularidade do direito, a obra poderá seguir o *standard* da autoria singular ou ser feita em colaboração com outros autores. No caso do jornalismo cidadão, a adesão e criação de contas nos *websites* importam a aceitação de contrato de cessão dos direitos patrimoniais¹¹².

Outro caso interessante prende-se com as enciclopédias que, dada a complexidade do das matérias abordadas, são organizadas por entidades coletivas, sendo igualmente um caso que usualmente é apontado enquanto obra coletiva. No entanto, o advento de ferramentas *online* colaborativas e das *wiki*, veio alterar este paradigma. A *Wikipedia*, por exemplo, faz parte de uma *colaboração multiautoral massiva*¹¹³.

As *wiki* podem representar um problema para a definição da titularidade autoral uma vez que facilmente se identificam diversos tipos de autoria de obra, nomeadamente a singular, a de colaboração, a compósita e mesmo referentes a bases de dados.

Excluindo os casos em que não estamos perante uma contribuição original que possa ser protegidas enquanto obra, os textos presentes na *Wikipedia* poderão remeter-nos para situações de autoria singular quando for o próprio autor, o seu criador intelectual, o que poderá suceder em maior frequências em *entradas* com menor conteúdo.

¹¹² No caso da blastingnews.com, poderá ser consultado o contrato em http://static.blastingnews.com/media/pdf/Blasting_News_Contract.pdf, acedido a 3 de maio de 2017.

¹¹³ “Massive Multiauthor Collaboration”, nas palavras de WIELSCH, Dan, “Governance of Massive Multiauthor Collaboration - Linux, Wikipedia, and Other Networks: Governed by Bilateral Contracts, Partnerships, or Something in Between?”, JIPITEC 96, 2010, para. 1, referindo que o direito de autor tem como caso paradigmático a autoria singular, não estando preparada para regular os contributos colaborativos em grande dimensão, o que, segundo o autor, levou ao aparecimento de licenças para compensar essas deficiências.

Em segundo lugar, poderemos também estar perante um conjunto de obras colaborativas, com contributos que apenas herculeamente poderão ser individualizados, o que significa que só dificilmente os autores poderão exercer os seus direitos sobre a obra, nos termos do art. 18.º n.º 2 do CDADC.

Não será de aplicar o regime da titularidade da obra coletiva, uma vez que as organizações que gerem as *wiki* apenas têm um papel de *gatekeepers* não sendo fundamentais para o processo criativo, mas apenas para a sua publicação.

A obra compósita também concorre uma vez que o texto literário é muitas vezes acompanhado por outras obras que lhe são conexas, incluindo desenhos ou fotografias.

A aplicação de licenças *creative commons* ou *GNU* têm permitido que as plataformas operem sem grandes considerações sobre questões de titularidade das obras, uma vez que os autores, ao colocarem conteúdos nestas plataformas, aceitam que sejam comunicadas a terceiros e adaptadas. No entanto estas licenças têm especial dificuldade em lidar com os direitos pessoais que protegem a honra do autor, embora nos seja difícil em abstrato considerar cenários em que tal seja possível, uma vez que o autor, antes de partilhar o conteúdo, já teria conhecimento que a sua destinação importaria a modificação do conteúdo.

As *wikis* podem ainda ser consideradas bases de dados na aceção da Diretiva 96/9/CE (que foi incorporada através do Decreto-Lei 122/2000, de 4 de Julho) e em especial, do art. 1.º n.º 2, que refere que se entendem como base de dados “uma colectânea de obras, dados ou outros elementos independentes, dispostos de modo sistemático ou metódico e susceptíveis de acesso individual por meios electrónicos ou outros”.

Até ao momento não surgiram situações de violações de direitos diretamente relacionados com problemas de autoria e titularidade nas *wiki*, embora tal possa surgir considerando a complexidade dos assuntos *supra* expostos e a proteção mais intensa dos direitos pessoais nas jurisdições da Europa continental¹¹⁴.

¹¹⁴ Indicando que ainda não surgiu uma *cause célèbre* neste âmbito, PHILLIPS, Jeremy, “Authorship, ownership, wikiship: copyright in the twenty-first century” in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Vol. 3, Nº. 12, 2008, p. 797

CAPÍTULO III — A REPRODUÇÃO DE OBRAS PROTEGIDAS E OS CGU

3.1. Breves considerações sobre o direito de reprodução e as utilizações livres

O sucesso das plataformas que promovem a inclusão de CGU depende da quantidade e qualidade destes conteúdos. Ultrapassada a questão de saber se os CGU são obras protegidas e a quem pertencem se forem originais, importa abordar uma segunda questão que se prende com os CGU que são obras originais mas que não são do utilizador que as partilha.

A reprodução é uma faculdade que assiste ao titular do direito de autor e que consiste na produção de exemplares.

Existem diversas situações em que a reprodução é livre e portanto recai fora do âmbito da esfera de controlo do autor da obra. Iremos delimitar estas situações para que possamos estudar se as práticas mais recorrentes no que toca a CGU são lícitas.

Iremos portanto analisar as utilizações livres e dedicar uma especial atenção ao uso privado.

As utilizações livres permitem que terceiros possam utilizar uma obra sem que seja necessário obter a autorização do autor, incluindo a possibilidade de reproduzir a mesma, comunicá-la ao público ou disponibilizá-la.

No entanto, estas são apenas permitidas em situações muito específicas e geralmente não importam uma desvantagem patrimonial (ou pelo menos reduzida) na esfera do autor, existindo por vezes compensações, tal como previsto no art. 76.º.

Em geral, as utilizações livres abrangem situações de importância social, cultural ou privado e incluem, entre outras, as seguintes situações que passaremos a analisar ou que trataremos adiante em relação às obras derivadas.

- i) atos meramente transitórios ou acessórios, que sejam partes integrantes de processos tecnológicos, permitindo a transmissão com terceiros e sem significado económico;
- ii) uso privado;
- iii) meios de comunicação social para fins informativos;
- v) extratos de obras para fins educativos, sem o objetivo de aproveitamento económico ou comercial;
- vi) citações ou resumos com fins de crítica, discussão ou ensino;
- vii) peças curtas incluídas em obras próprias destinadas ao ensino;
- x) promoção da exibição ou venda da obra;
- xi) obras radiofónicas, para discussão de temas da atualidade;
- xii) para efeitos de segurança pública ou processos administrativos, parlamentares ou judiciais;
- xiv) radiodifusão em hospitais e prisões;
- xvi) fruto da liberdade de panorama;
- xvii) inclusão episódica de obra protegida numa nova obra;
- xviii) quando relacionada com a demonstração ou reparação de equipamentos;
- xix) para efeitos de reconstrução de edifícios.

3.2. Jornalismo, educação e citação

Os meios de comunicação, para efeitos informativos, poderão fixar, reproduzir e comunicar publicamente excertos de obras protegidas sem consentimento do seu autor, o que não significa que opere uma transformação de uma obra uma vez que o contributo criativo da obra pré-existente foi apenas citado, ou seja, extraído em parte e não transformado. O jornalismo cidadão estará também coberto por estas utilizações livres, uma vez que não nos parece que devam ser restringidas em função da entidade (profissional) que utiliza as obras, mas antes em função do objetivo, que será informar o público.

De igual forma, um professor ao abrigo da alínea h), n.º 2, art. 75.º poderá aproveitar partes de obras anteriores para fins educativos.

Para efeitos da alínea g) do referido artigo, admite-se a citação ou a utilização de pequenos resumos de obras alheias numa nova obra. Esta alínea tem como objetivo a discussão de doutrinas diferentes e a promoção da crítica, discussão ou ensino, sendo estas finalidades a limitação da citação ou utilização de pequenos resumos. O artigo 5.º, n.º 3, alínea d) veio acrescentar a restrição existente na referida norma nacional *in fine*, ou seja, que a utilização seja feita “na medida justificada pelo objectivo a atingir”. Ora, quanto aos CGU, poderíamos hipoteticamente considerar que os *mashups* poderiam estar isentos de autorização do autor no âmbito da presente norma, uma vez que utilizam apenas excertos de obras protegidas, no entanto seria certamente conturbada a justificação que um *mashup* havia sido criado com o objetivo de crítica, discussão ou ensino, uma vez que em geral têm como objetivo o entretenimento¹¹⁵.

Por outro lado, é perfeitamente concebível que certos CGU possam estar ao abrigo da presente norma, tais como audio, vídeos ou textos, ou seja, *podcasts*, vídeos de plataformas como o *YouTube*, ou entradas na *Wikipedia*, mas desde que tenham fins educacionais, de crítica ou informativos¹¹⁶. No entanto, estes CGU não serão verdadeiras obras derivadas uma vez que não procedem à transformação de obras anteriores, mas a uma mera citação, ou seja, a uma reprodução justificada pelos fins intelectuais a atingir.

Sobre esta norma veio o Tribunal da Relação de Lisboa¹¹⁷ pronunciar que o seu recurso apenas será admissível quando a utilização for “pontual, meramente ilustrativa e de apoio ao texto que aborda uma determinada temática”, o que tem o mérito de encontrar conceitos adicionais que permitem identificar qual a utilização necessária que é admitida, que é aliás restrita. Acrescente-se que os CGU devem respeitar neste âmbito o art. 76.º,

¹¹⁵ Em sentido semelhante, também em relação ao *fandom*, TUSHNET, Rebecca, *op. cit.*, p. 8. Numa outra perspetiva, indicando que o *mashup* se encontra num limbo era o lícito e o ilícito, HARPER, Emily, "Music Mashups: Testing the Limits of Copyright Law as Remix Culture Takes Society by Storm" in *Hofstra L. Rev.* Vol. 39, 2010, p. 436.

¹¹⁶ Dado como exemplo os fins de informação, ASCENSÃO, José de Oliveira, “Direito de Autor e Direitos Conexos”, cit, p. 217, que remete posteriormente para o art. 10.º, n.º 1 da Convenção de Berna, que estabelece que a citação deve ser conforme “aos bons costumes e na medida justificada pelo fim a atingir”.

¹¹⁷ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo n.º 1329/11.8TVLSB.L1, de 18/11/2014.

n.º 1, alínea a), que dispõe que o autor citado e a sua obra devem ser referenciados, sob pena de apropriação de obra alheia.

3.3. Paródia

Segundo o art. 2.º, n.º1, n), é lícito efetuar paródias baseadas em obras anteriores.

Oliveira Ascensão considera que deve ter um grau de criatividade próprio mas não deverá ser tratado como uma obra transformativa, que necessitaria de autorização do autor para ser realizada¹¹⁸.

Patrícia Akester considera que a obra deve ser dotada de uma individualidade própria, mas refere que caso exista uma reprodução ou modificação da obra anterior, esta deverá ser considerada ilícita¹¹⁹.

Numa decisão do Tribunal da Relação de Lisboa¹²⁰, considerou-se que uma música do intérprete Avô Cantigas que foi transmitida no programa de humor *Contra-informação* representava uma modificação não autorizada pelo autor e que afetava a sua honra. O programa efetuou uma reprodução da melodia e adaptou a letra da música.

O TJUE teve oportunidade de se pronunciar sobre paródias no caso Deckmyn vs. Vandersteen¹²¹, indicando que embora exista alguma margem de interpretação pelos Estados-membros, devemos considerar perante uma paródia quando **i)** evoca uma obra anterior, **ii)** devendo existir diferenças perceptíveis em relação à obra preexistente e **iii)** e constituir manifestação humorística ou burlesca.

Refere ainda o tribunal que a determinação de existência de paródia “não está subordinado a requisitos segundo os quais a paródia deva ter carácter original próprio para além de apresentar diferenças perceptíveis relativamente à obra original objeto de paródia, deva poder razoavelmente ser atribuída a uma pessoa diferente do próprio autor da obra

¹¹⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira, “Direito de Autor e Direitos Conexos”, cit, p. 103.

¹¹⁹ AKESTER, Patrícia, “Código do Direito de Autor e Direitos Conexos Anotado”, 1ª edição, Almedina, Coimbra, 2017, p. 46 - 48.

¹²⁰ Processo n.º 1598/10.0TVLSB.L1-6, de 31/3/2011.

¹²¹ Processo n.º C-201/13, de 3 de Dezembro de 2014.

original, deva incidir sobre a própria obra original ou deva referir a fonte da obra objeto da paródia”.

De tudo o *supra* exposto, devemos concluir que a opção legislativa deixa margem para dúvidas, na medida em que se junta a *paródia* com a chamada *paráfrase*, sendo que a última trata de um desenvolvimento de “um tema ou motivo” de uma obra anterior. Será que esta parte final da alínea é aplicável a paródias? Caso se considere que não, então a paródia necessitará de ser autonomamente original, não se podendo afirmar com inspiração ou transformação em obra preexistente. Caso contrário e se considere que a parte *in fine* também é de aplicar às paródias, então temos que estas poderão ser i) totalmente originais (comédia em geral, *stand-up*, etc.) ou ii) *inspiradas* em obras anteriores.

Considerando que a paródia pode ter por base uma *inspiração*, somos levados a concluir que tal poderá ser entendido como uma verdadeira transformação de obra anterior, caso contrário, a parte final da norma seria totalmente desnecessária: quantas obras não serão fruto de inspiração em obras anteriores?

Notamos ainda que o legislador nacional inseriu a menção às paródias fora do elenco das utilizações livres do art. 75.º, ao contrário do legislador europeu que também incluiu o *pastiche* e a caricatura.

Neste sentido, concordamos com a orientação do TJUE, que considera que bastará que seja perceptível que estejamos perante uma nova obra, diferente da obra preexistente e, adicionalmente, que esta tenha carácter humorístico. A interpretação do TJUE tenderá a ser mais ampla do que a realidade nacional uma vez que Portugal

Assim, assegura-se que não se afetam quaisquer direitos de cariz patrimoniais uma vez que as obras não se confundem e nenhum cidadão que queira *consumir* uma, deixaria de consumir a outra. No caso *supra* referido do Tribunal da Relação de Lisboa, esta conclusão é mais do que evidente.

Sendo certo que a decisão se baseou acima de tudo em direitos pessoais e não patrimoniais, é ainda assim difícil entender como é que a honra do autor vertida na obra foi atingida num programa humorístico.

É aliás bastante comum que programas de entretenimento efetuem versões parodiadas de músicas conhecidas, sendo que uma interpretação restritiva neste âmbito tem um efeito inibidor da liberdade de expressão bastante grave, também por são usados apenas excertos que poderiam até passar enquanto citações admitidas para efeitos de promoção cultural, como é aliás admitido nos sistemas anglo-saxónicos (mesmo existindo intuito lucrativo, note-se), como iremos analisar adiante a respeito do *fair use*.

Existem diversos CGU que são reproduções de excertos de obras, como o caso dos populares *memes*¹²² da plataformas 9gag.com, que usam imagens de filmes e acrescentam um texto divertido, onde o patamar da originalidade é muito ténue, ou o comentário humorístico de *trailers* de filmes e que têm o potencial para serem infrações autorais, quando muito dificilmente oneram pessoal ou patrimonial os autores originais.

Neste sentido, as leis autorais apresentam-se como bastante restritivas para a liberdade de comunicação em rede.

3.4. Uso privado

O Direito de Autor remete para o autor todas as faculdades que lhe são inerentes, atribuindo uma grande preponderância à vertente patrimonial para que este possa fruir da sua obra, atribuindo-lhe o monopólio sobre esta. Esta exploração económica não abrange no entanto toda e qualquer utilização da obra, sendo que se se tratar de uma reprodução realizada num contexto privado (ou até familiar) estará dispensada de autorização por parte do autor. Após este breve intróito sobre o que se entende por uso privado, não podemos deixar de indicar que existem diversas problemáticas inerentes a esta matéria.

Os CGU são academicamente relevantes para o estudo do direito de autor pelo seu enquadramento nas faculdades de **i)** adaptação e **ii)** reprodução. Iremos de seguida debruçarmo-nos sobre a segunda e em particular as utilizações livres que a permitem e, em especial, o uso privado.

¹²² O termo foi criado por DAWKINS, Richard, "The Selfish Gene", 3ª edição, Oxford University Press, Oxford, 2006, p. 189 e ss. Trata-se de uma neologismo que, nas palavras do próprio, "(...) we need a name for the new replicator, a noun that conveys the idea of a unit of cultural transmission, or a unit of *imitation*":

Existem diversas situações em que os CGU são efetivamente reproduções de obras protegidas. As redes sociais promoveram uma sociedade que promove a partilha de conteúdo, onde o utilizador divulga com a sua rede de contactos variadas informações, incluindo, entre outras, obras protegidas por direito de autor. Os conteúdos partilhados pelos utilizadores, enquadram-se essencialmente em 3 grandes grupos, para o estudo que agora importa, nomeadamente, aqueles que são **i)** criados pelo próprio, **ii)** reproduções de conteúdos de terceiros e **iii)** obras derivadas¹²³. Por agora, não nos focaremos no último grupo, que será tratado em sede própria.

O primeiro grupo não levanta problemas na medida em que, como referido no penúltimo parágrafo, o autor é dono e senhor das suas obras podendo efetuar reproduções (*download*), disponibilizá-la ao público e partilhá-la (*upload*) ou aplicando as licenças que lhe provier, incluindo *creative commons*¹²⁴. Embora o autor seja titular dos direitos sobre a obra, a sua colocação nas redes sociais usualmente onera-a com licenças decorrentes dos *termos e condições* impostas pelas entidades que gerem os respetivos *websites*. Iremos analisar também esta situação em sede própria.

O segundo grupo e que iremos analisar de seguida é determinante para o direito de autor uma vez que potencialmente pode atingir o direito de reprodução de uma obra, que pertence ao seu autor. No entanto, existem limitações a este direito e que foram positivadas, na parte geral do CDADC, em particular, no art. 75.º.

Dentro deste grupo de reproduções poderemos encontrar várias práticas realizadas pelos utilizadores, incluindo reprodução de conteúdo proveniente das redes sociais ou de fora destas, mas não utilizando as ferramentas de partilha providenciadas pelas redes sociais e o compartilhamento dos conteúdos dos outros utilizadores utilizando as ferramentas disponibilizadas pelas redes sociais para o efeito, como os conhecidos botões de partilha do *Facebook* ou o *retweet* do *Twitter*.

¹²³ Usando esta categorização, acrescentando ainda o *Peer-to-peer* como CGU, GERVAIS, Daniel, “The Tangled Web of UGC: Making Copyright Sense of User-Generated Content” in *Vanderbilt J. of Ent. and Tech. Law*, Vol. 11, nº 4 (2009), p. 857 e ss.

¹²⁴ Para uma visão geral das licenças *creative commons*, <https://creativecommons.org/licenses/>, consultado a 15 de abril de 2017.

Antes de analisarmos o que efetivamente constitui ou não uma utilização livre, poderemos desde já indiciar que as partilhas efetuadas não usando as ferramentas providenciadas pelas redes sociais deverão indicar, na medida do possível, o nome do autor da obra.

Caso tal não aconteça, estamos perante uma violação do disposto na alínea a), n.º 1 do art. 76.º. Tal prática poderá resultar facilmente numa apropriação indevida de obra alheia na medida em que, se não for claramente indicando que se trata de uma reprodução de uma obra ou sua citação, a própria forma de apresentação do conteúdo sugere que o mesmo é da autoria do indivíduo que a publicou.

Pelo contrário, caso se utilizem as ferramentas de partilhas das próprias redes sociais, é usualmente feita menção ao *autor* da publicação, que poderá ou não ser o autor da obra protegida. Caso o autor da publicação corresponda ao autor da obra, cumpre-se o disposto na alínea a), n.º 1 do art. 76.º; caso contrário, embora tal análise deva ser feita caso a caso, poderemos indicar que o autor da segunda partilha já respeita o disposto na mesma norma, uma vez que não será razoável que pressuponha o contrário.

Também a publicação e remissão para *links* externos às redes sociais e que alojam obras, é admissível, nos termos do n.º 1 do art. 75.º, algo perfeitamente normal e que é efetivamente um dos pilares da comunicação através da Internet¹²⁵. No entanto, o TJUE tem vindo a limitar o alcance deste artigo e empolar o conceito de comunicação ao público.

No recente caso *GS Media vs. Sanoma*¹²⁶, que envolve a distribuição *online* de uma sessão fotográfica da revista *Playboy*, o TJUE considerou que o *website* que colocou um *link* para uma página *web* que não alojava o respetivo conteúdo (encontra-se num servidor de outro *website*), estava ainda assim a desrespeitar a faculdade de comunicação ao público.

¹²⁵ Nas palavras do Considerando 33 da Diretiva 2001/29/CE, "(...) this exception should include acts which enable browsing as well as acts of caching to take place, including those which enable transmission systems to function efficiently, provided that the intermediary does not modify the information and does not interfere with the lawful use of technology, widely recognised and used by industry, to obtain data on the use of the information. A use should be considered lawful where it is authorised by the rightholder or not restricted by law".

¹²⁶ Acórdão do TJUE *GS Media BV vs. Sanoma Media Netherlands BV e outros*, processo n.º C-160/15, de 8 de setembro de 2016.

Em decisões anteriores, nomeadamente nos casos Svensson¹²⁷ e BestWater¹²⁸, o TJUE considerou que não existiam novas comunicações ao público, uma vez que, considerou que embora existisse uma comunicação, o público não era diferente do original, uma vez que as obras partilhadas estavam livremente disponíveis na *internet*.

No entanto, no caso *GS Media*, o tribunal influenciou a sua decisão, pelo conhecido por parte desta empresa ao saber que o conteúdo disponibilizado pelo *website* terceiro estava a infringir o direito de autor da *Sanoma*. Para chegar a tal conclusão, concluiu que não basta analisar o ato de comunicação em si, mas também *quem* é que efetuou a comunicação. *In casu*, tratava-se de uma empresa e portanto a partilha do conteúdo foi feita com intuito lucrativo e, segundo o tribunal, deverá existir uma presunção de que, quando existe intuito lucrativo, quem partilha diligenciou no sentido de saber se o conteúdo partilhado viola o direito de terceiros.

Embora a decisão seja em certa medida justificável dada a má fé da empresa que mesmo após ter sido avisada que estava a violar direitos de terceiros¹²⁹, voltou a transgredir, a interpretação parece ter ido mais além do que o necessário¹³⁰, pelo que poderá ter um efeito inibidor, certamente quanto a entidades com fins lucrativos, mas que poderá ainda impactar a forma como os conteúdos são livremente partilhados na *internet* em situações de fronteira, como as plataformas semi-profissionais que promovem o pagamento de comissões aos seus utilizadores que criam CGU.

Assim e de acordo com a posição do TJUE, a origem da obra partilhada poderá ser determinante para saber se a reprodução que gera uma nova comunicação ao público é lícita. Ainda que a decisão seja criticável, caso exista intuito lucrativo, direto ou indireto,

¹²⁷ Acórdão do TJUE Nils Svensson e outros vs. Retriever Sverige AB, processo n.º C-466/12, de 13 de Fevereiro de 2014.

¹²⁸ Acórdão do TJUE BestWater International GmbH vs. Michael Mebes e Stefan Potsch, processo n.º C-348/13, de 21 de Outubro de 2014.

¹²⁹ Neste sentido, KOELMAN, Kamiel e HUGENHOLTZ, Bernt, "Online service provider liability for copyright infringement", Workshop OMPI sobre responsabilidade do provedor de serviço, Genebra, 9 e 10 de dezembro, 1999: Organização Mundial de Propriedade Industrial, disponível em www.ivir.nl/publicaties/hughenholtz/wipo99.pdf, p. 34 e 35.

¹³⁰ Neste sentido, RENDAS, Tito, "How Playboy Photos Compromised EU Copyright Law: The GS Media Judgment" in *Journal of Internet Law*, no prelo, disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2920677>, consultado a 27 de abril de 2017.

por quem partilha, deverá existir diligência no sentido de saber se esse conteúdo foi inicialmente partilhado de forma lícita.

Neste sentido e ainda no entendimento do TJUE nos casos *Svensson* e *BestWater*, acresce esclarecer que só existirá uma comunicação ao público caso a nova reprodução importe a existência de um novo público. Assim, no paradigma dos CGU sem intuito lucrativo, as práticas de *linking* e *embedding* são permitidas em respeito do art. 75.º, n.º 1. A prática do *embedding* para partilhar os conteúdos criados nas plataformas de vídeos *online* é bastante usual e tenderá a assumir maior importância com a sucessiva adaptação da *web* à linguagem *HTML5* em detrimento do Adobe *Flash*.

Voltando um pouco atrás e aproveitando os últimos parágrafos sobre a interpretação do TJUE quanto ao conceito de comunicação ao público, importa esclarecer que a reprodução de uma obra que se encontrava originariamente fora de uma plataforma de CGU (blogues, redes sociais) é lícita quando a mesma já se encontrasse disponível *online* para o público em geral. Portanto, um utilizador que reproduza uma cópia de uma obra nestas condições, no seu disco rígido ou em *cache*, para depois a comunicar numa rede social, não estará a partilhá-la com alguém que não pudesse originariamente aceder-lhe e portanto não existirá um novo público, ainda que haja uma comunicação, sendo ambos necessários.

Caso a obra se encontre atrás de uma *paywall* (caso dos jornais), caso seja necessário efetuar *log in* para lhe aceder ou caso a visualização não esteja dependente de aceitação por parte do autor da obra original (pedidos de amizade nas redes sociais), tal conclusão poderá ser diferente uma vez que a partilha num novo *sítio* seria feita à revelia da intenção original do autor em mantê-la num domínio mais reservado. Ainda assim, esta conclusão é frágil no caso dos *websites* que exigem *log in* para visualizar conteúdos, na medida em que existem variados *walled gardens* na *internet* onde é apenas necessário realizar criar uma conta para aceder aos conteúdos, como por exemplo as *páginas* - mas não os *perfis* - do *Facebook*. No caso das plataformas de vídeos, embora existam ferramentas para limitar o acesso, raramente são usadas, exceto em casos de *geoblocking*.

Caso tal suceda em *cache*, o utilizador estará coberto pelo art. 75.º, n.º 1¹³¹. Caso a reprodução se realize no seu disco rígido, na medida em que este não é um formato transitório, a justificação será diversa e na maioria dos casos prender-se-á com o uso privado. Pensamos por exemplo num utilizador que efetua download de uma obra disponível *online* e faz *upload* desta noutra local. No entanto, só em casos de uso privado é que esta partilha será lícita, tendo por base legal, o n.º 2, alínea a) e n.º 3 do art. 75.º.

Ora, de tudo o *supra* exposto é notório que existem diversas situações que poderão ser de fronteira entre aquilo que é ou não permitido, sendo que se corre o risco de encontrar apenas pequenos pormenores que importarão para esta ou aquela conclusão¹³², embora seja claro que não é pelo simples facto de uma obra ser colocada *online* que passa a poder ser livremente utilizada por todos.

3.4.1. O âmbito “privado”

Cumpra então analisar em que situações é que os CGU são correspondem a um uso privado e em que momento é que este deixará de ser privado? Tais conclusões são determinantes para analisar da licitude da reprodução¹³³.

O art. 81.º, alínea b) refere que o uso deverá ser *exclusivamente* privado para que seja admitido. Para interpretar a amplitude do que se trata de *privado* poderemos recorrer ao preceito do art. 108.º, n.º 2, que remete que a representação cénica poderá ser feita em *meio familiar*. Ora, caso se interprete o primeiro em conexão com o segundo, tender-se-á a considerar que não estará incluindo apenas a esfera íntima e o núcleo duro familiar, como o agregado familiar, mas também a esfera privada que inclui as relações de amizade com um grupo mais amplo de pessoas, mas que ainda assim não se confundem

¹³¹ Embora se discuta sobre algumas práticas sobre a alteração de obras enquanto estas se encontram na memória temporária de um computador, HAYES, David L., “Advanced Copyright Issues on the Internet” in Tex. Intell. Prop. L. J., Vol. 7, n.º 1, 1998-1999, p. 94 e 95.

¹³² Indicando que existe um dever de simplificar a regulação da interseção da *internet* com o direito de autor uma vez que esta é utilizada por todos, desde menores até idosos, LESSIG, Lawrence, “Remix Culture”, *op. cit.*, p. 266 e ss.

¹³³ Efetuando uma comparação entre uso privado e amador, GERVAIS, Daniel, *op. cit.*, p. 850 e ss.

com o público em geral¹³⁴. Neste sentido, o *meio familiar* deverá ser interpretado de forma ampla¹³⁵ e incluir aqueles que se inserem na esfera privada da pessoa que efetua a reprodução.

Notamos adicionalmente que não importará assim que o *local* em que se efetue a reprodução seja público ou privado, o que é determinante é que a esfera seja restrita à esfera privada. Assim, caso se efetue uma reprodução de uma obra protegida num local público, desde que seja entre amigos, estaremos ainda perante uma utilização livre¹³⁶.

Assim, no que concerne aos CGU, será necessário avaliar se a reprodução é realizada numa plataforma aberta ao público ou restrita a um círculo de pessoas mais reduzido. No caso de plataformas como blogues, plataformas de jornalismo cidadão ou de partilha de vídeos, estas tenderão a ser abertas com o objetivo de captar mais utilizadores. Caso as reproduções sejam efetuadas nestas plataformas, não estaremos perante um caso de uso privado, já que o público é - potencialmente - toda a *internet*. Como iremos analisar adiante, os países que se baseiam na doutrina do *fair use* poderão ainda assim admitir que estas utilizações são *justas* ou livres.

Como referido acima, a situação de ser necessário efetuar um *log in* para aceder à obra reproduzida poderá ser mais controverso. Estamos a pensar nas situações de redes sociais ditas *públicas*, com o caso paradigmático, o *Twitter*, que se trata de uma plataformas de *microblogging* e que permite aos seus utilizadores (embora possam efetuar restrições), por vezes mesmo sem ser necessário efetuar *log in*, partilharem conteúdos com potencialmente toda a comunidade *online*. Consideramos que uma reprodução efetuada nestes termos dificilmente poderá ser considerada como livre. Pelo contrário, uma reprodução efetuada no âmbito de uma rede social dita semi-pública ou semi-privada será, em princípio, livre, caso se verifique o cumprimento com o critério *supra* referido do círculo privado, num meio familiar alargado.

¹³⁴ Estamos assim a usar a separação entre esfera íntima, esfera privada e esfera pública, *vide* MARQUES, Garcia, Martins, Lourenço, “Direito da Informática, Coimbra, Almedina, 2000, p. 112 e ainda VASCONCELOS, Pedro Pais de, “Proteção de Dados Pessoais e Direito à Privacidade”, *in* Direito da Sociedade da Informação, Vol. I, Coimbra Editora, 1999, p. 250.

¹³⁵ Neste sentido, entre outros, GOMES, Paulo Jorge, “A Partilha...” *op. cit.*, p. 151-155.

¹³⁶ No mesmo sentido, PINTO, Rui, “Obras Não Protegida, Uso Privado e Utilizações Livres” *in* *Revista Jurídica*, n.º 16 e 17, 1992, p. 47

3.4.2. Limite ou exceção?

Neste âmbito, é importante analisar se o uso privado se apresenta como uma limitação ou como exceção, efetuando uma comparação com a realidade do *fair use* anglo-saxónico, com o objetivo de compreender se as consequências entre ambas as doutrinas poderão chegar a soluções diferenciadas.

No Direito Internacional, o art. 10.º do Tratado OMPI sobre Direito de Autor (WCT, na sua sigla em inglês) responde à questão de forma de forma neutra, já que permite que os Estados Contratantes incluam nas suas legislações nacionais “limites e exceções”. O art. 13.º do acordo TRIPS/ADPIC e o art. 5.º da Diretiva 2001/29/CE fazem uma referência igualmente neutra.

Poderemos apontar diversas razões para estas duas edificações teóricas. A primeira a ser, as diferenças entre as tradições dos sistemas o *droit d’auteur* e do *copyright*, visto que nestes últimos prefere-se falar em “exceções” e em geral os sistemas continentais preferem o emprego da expressão “limites”¹³⁷. Uma outra razão de ser desta distinção surge com as teorias clássicas que entendem o Direito de Autor como um privilégio que evoluiu mais tarde para o considerar um direito de propriedade¹³⁸.

A génese desta distinção liga-se ao empolamento das vantagens patrimoniais típico nos sistemas da *Common Law*, que foram sendo entendidas como ilimitadas, sendo que se conhecem apenas exceções a este monopólio, enquanto forma de atenuar o exclusivo da exploração comercial da obra¹³⁹. Notamos a título preliminar - uma vez que teremos a oportunidade de analisar a origem e desenvolvimento da doutrina *fair use* adiante - que tal visão do monopólio tem vindo a ser amenizada, não só com o reconhecimento de direitos pessoais, como através de novos entendimentos que, usam as expressões “limites” e “exceções” indistintamente, mas que reconhecem limites. Os sistemas continentais, ao

¹³⁷ Afastando a ideia de exceção, entre outros, posição adotada por TRABUCO, Cláudia, “O Direito de Reprodução de Obras Literárias e Artísticas no Ambiente Digital”, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 506 e no mesmo sentido, PEREIRA, Alexandre Dias, “Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnológica”, *op. cit.*, p. 344.

¹³⁸ Vide, ASCENSÃO, José de Oliveira, “O Fair Use” no Direito Autoral, *in* Direito da Sociedade de Informação, Vol. IV, Coimbra Editora, 2003

¹³⁹ Neste sentido, VIEIRA, José Alberto, “Download...”, *cit.*, pág. 543.

usarem a expressão “limites”, inculcam a ideia de que o Direito de Autor não é, à partida, ilimitado e que, por razões internas e externas a este, o seu campo de regulação deverá ter limites inerentes à sua natureza e fundamento.

O entendimento de que a própria jurisprudência norte-americana tem vindo a reconhecer limites ao direito de autor, é resultado de uma influência mútua que parece aproximar os dois sistemas.

Numa clara cedência ao modelo do direito anglo-saxónico, veio consagrar-se na legislação europeia (Diretiva 2001/29/CE, art. 5.º, n.º 5) e nacional (art. 74.º, n.º 4 CDADC) uma regra valorativa de carácter geral, que não sendo corretamente interpretada, passará como “paradoxal”¹⁴⁰, na medida em que se se pretendia dar maior certeza jurídica ao enunciado taxativo, este objetivo é tremendamente perturbado, com a inserção de uma cláusula aberta a interpretação.

De uma outra perspetiva que nos aproxima da ideia de “limites”, o advento dos meios de gravação doméstica estreitou a relação de proximidade entre o Direito de Autor e a vida pessoal dos utilizadores de arte, já que estes começaram a ter a possibilidade de efetuar reproduções - de forma cada vez mais fácil - no seu seio familiar.

No entanto, na conceção do Direito de Autor, não se colocava em questão da regulação da esfera privada, uma vez que os instrumentos de reprodução não estavam acessíveis a qualquer um ou não sendo relevantes ao ponto de afetar os interesses económicos dos autores¹⁴¹, invocando-se desta forma razões de ordem pragmática para a natureza do uso privado¹⁴².

A consagração constitucional do Direito de Autor¹⁴³ implica uma sujeição a limitações extrínsecas ou externas pela colisão com outros direitos fundamentais como é o caso da liberdade de expressão, de informação, a proteção dos consumidores, a livre concorrência ou, genericamente, com outros ramos do Direito.

¹⁴⁰ Neste sentido, ASCENSÃO, José de Oliveira “O Fair use...”, cit., pág. 93 e 94

¹⁴¹ Neste sentido, TRABUCO, Cláudia, “O Direito...”, cit., pág. 508.

¹⁴² Sendo uma perspetiva redutora na visão de GOMES, Paulo Jorge, “A Partilha...” op. cit., pág. 152.

¹⁴³ Arts. 42.º e 62.º da Constituição da República Portuguesa.

Esta linha de raciocínio esteve recentemente um forte apoiante para a redução dos critérios restritivos com que têm vindo a ser interpretados as utilizações livres. O Tribunal Constitucional Federal Alemão¹⁴⁴ considerou que o *sampling*¹⁴⁵ de uma música conhecida da banda *Kraftwerk* foi licitamente utilizada numa obra posterior do estilo *hip hop*. O caso arrastou-se nos tribunais por 20 anos e note-se que apenas 2 segundos da obra anterior foram usados. Ainda assim, o tribunal fez uso de uma cláusula de *uso livre*, existente no § 24 do UrhG e que é mais ampla que a cláusula do uso privado nacional. Adicionalmente, o tribunal teceu considerações onde pesou a liberdade de atividade criativa dos autores originais face à liberdade para entrar no diálogo artístico e concluiu que, caso a decisão fosse em sentido da ilicitude, a liberdade de expressão criativa de um grande número de artistas de *hip hop* seria gravemente afetada, uma vez que se trata de um estilo musical que se funda na possibilidade de efetuar *sampling*. A decisão foi bem recebida pela doutrina alemã¹⁴⁶, embora também sejam feitas críticas às incertezas criadas pela decisão sobre a partir de que momento - ou melhor - qual a utilização que desencadeia a necessidade de obtenção de licença¹⁴⁷.

Existem ainda limites internos que são aflorados através de política legislativa, definidos através de normas que fazem parte do Direito de Autor e que diminuem igualmente a extensão conferida às vantagens patrimoniais do autor. Esta positivação traz maior segurança jurídica aos *stakeholders* envolvidos, tornando bastante mais claro em que situações é que será possível utilizar livremente as obras sem necessidade de obter autorização do autor, deste que não contendam com a exploração normal da obra, nem causem prejuízos injustificados aos legítimos interesses do autor¹⁴⁸. Com a Diretiva

¹⁴⁴ Caso *Metall auf Metall*, Processo n.º 1 BvR 1585/13, de 31 de maio de 2016. Notamos que o caso poderá ainda conhecer desenvolvimentos adicionais uma vez que ainda poderá passar pelo Supremo Tribunal Alemão existindo também a possibilidade de questões prejudiciais para o TJUE.

¹⁴⁵ Para uma análise os casos norte-americanos que abordaram o *sampling*, KATZ, Michael, "Recycling Copyright: Survival & (and) Growth in the Remix Age" in *Intell. Prop. L. Bull.*, Vol. 13, 2008, p. 27 e ss.

¹⁴⁶ LEISTNER, Matthias, "Die „Metall auf Metall“-Entscheidung des BVerfG", GRUR 2016, p. 772 e SCHONHOFEN, Sven, "Sechs Urteile über zwei Sekunden, und kein Ende in Sicht - Die "Sampling"-Entscheidung des BVerfG", GRURPrax, 2016, p. 277-279.

¹⁴⁷ Neste sentido, DUHANIC, Ines, "Copy this Sound! The Cultural Importance of Sampling for Hip Hop Music in Copyright Law – A Copyright Law Analysis of the Sampling Decision of the German Federal Constitutional Court", GRUR INT, 2016, p. 1007.

¹⁴⁸ Arts. 13.º TRIPS/ADPIC, art. 10.º TODA e 16.º TOIEF.

2001/29/CE é revista a consagração do uso privado (já previsto no art. 81.º, b) CDADC) enquanto limite, adaptando o art. 75.º do CDADC.

O uso privado representa assim uma limitação interna às prerrogativas patrimoniais conferidas ao autor, já que este encontra e dá resposta a problemas específicos do Direito de Autor, como é o caso da reprodução, que é aliás o direito mais relevante dentro da vertente patrimonial¹⁴⁹. Do ponto de vista formal, o uso privado é regulado pelos Estados, estando ao dispor da sua política legislativa, o que pode indiciar que esta limitação é parte do Direito de Autor, mas mais importante que esta pista é a circunstância de que não estamos claramente a falar de um outro ramo de Direito como seria o caso do abuso de posição dominante no Direito da Concorrência (este claramente extrínseco) já que, se não existisse o Direito de Autor, o uso privado por conseguinte e por fazer parte deste, não teria razão de ser. Se a fronteira com o Direito Constitucional poderá ser mais ténue, há no entanto que separar claramente aquilo que são os direitos fundamentais, dos interesses que os Estados pretenderão prosseguir através da sua política legislativa, como será a proteção de minorias (art. 75.º, n.º 2, alínea i)), em geral, de interesses da comunidade (alíneas j), p), q)) ou da educação (alíneas e), f), h), o)).

3.5. A regra dos 3 passos: fair use na Europa?

Ainda que consideremos que certa utilização da obra seja lícita e, portanto, livre, será ainda assim necessário o preenchimento de um passo adicional para que esta seja efetivamente lícita.

A “regra dos três passos” surge prevista na Conferência de Estocolmo de 1967, na Conferência de Paris de 1971, tendo sido consagrada no art. 9.º, n.º 2 da Convenção de Berna, que tinha como objetivo estabelecer limites à amplitude do direito de reprodução que os Estados Outorgantes concretizavam nas suas legislações internas. Esta regra foi ainda concretizada no art. 13.º do acordo TRIPS/ADPIC, no art. 10.º, n.º 1 do WCTO. Estes instrumentos de Direito Internacional consagram de igual forma a regra dos três

¹⁴⁹ Neste sentido, VIEIRA, José Alberto, “Download...”, cit., pág. 546, SIRINELLI, Pierre, “Exceptions and Limits to Copyright and Neighboring Rights”, WIPO, Genebra, 1999 e VICENTE, Dário Moura, “Cópia Privada e Sociedade da Informação” in Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pág. 20.

passos, tendo vindo a aumentar o seu âmbito de aplicação a outros direitos patrimoniais de autor que não só o direito de reprodução.

Mais recentemente, o art. 5.º, n.º 5 da Diretiva 2001/29/CE adotou esta regra, em relação aos direitos de reprodução, comunicação e distribuição que são enunciados nos n.º 1, 2, 3 e 4. A nível nacional a regra foi vertida no art. 75.º, n.º 4 do CDADC, em relação às utilizações previstas no mesmo artigo e também no art. 81.º, alínea b), em relação ao direito de reprodução em geral. Esta regra consiste na análise de três requisitos cumuláveis para que se possa considerar que uma reprodução deva ser admitida, a saber, **i)** em certos casos especiais, **ii)** que não afete a exploração normal das obras e **iii)** que não cause prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor.

Em termos materiais, a regra dos três passos tem como objetivo balizar o uso privado dentro de limites razoáveis para que não extravase a normal exploração das obras e os interesses dos autores, sem no entanto esquecer interesses societários de difusão da cultura¹⁵⁰.

A aplicação desta regra propicia debate, considerando por um lado o objetivo da sua origem histórica que poderá inviabilizar a sua aplicação concreta e por outro lado, porque os passos são valorativos, pretendendo funcionar como uma “válvula de escape” para os limites, o que levanta grandes problemas de concretização e densificação jurídica.

Surge ainda o problema de como avaliar corretamente a “normal” exploração das obras, quando estamos perante um “novo” meio digital. O que é novo não tende a ser considerado normal.

Esta Diretiva, que tinha o objetivo de harmonizar as legislações nacionais dos vários Estados-membros¹⁵¹, cria uma enumeração taxativa de limitações, sendo que só as

¹⁵⁰ Neste sentido, MOURA VICENTE, Dário, «Cópia Privada e Sociedade da Informação», Texto proferido na F.D.L., em 11.11.04, no I Encontro Nacional de Bibliotecas Jurídicas, e em 19.07.05, no IV Curso de Verão Sobre Direito da Sociedade da Informação, disponível em http://www.apdi.pt/pdf/copia_privada_e_soc_da_inf.pdf, consultado a 3 de fevereiro de 2015, pág. 4 e 5.

¹⁵¹ Considerando a extensa lista de cláusulas permissivas e apenas uma cláusula obrigatória, o objetivo de harmonização é um “*rather ironic fact*”, segundo VINJE, Thomas, “Should we Begin Digging Copyright’s Grave?” *in* European Intellectual Property Review, 22.12, 2000 *apud* Kritharas, Theodoros, “The Challenge of Copyright in Information Society Copyright on the Internet: Current Legal Aspects” *in* Revue Hellenique de Droit International, n.º 1, 2003

reproduções transitórias são de transposição obrigatória (n.º 1), sendo a maioria facultativa (n.º 2, 3 e 4) e termina com a “válvula de escape” que poderia ajudar os Estados-membros a criar novas limitações para além das presentes na enumeração taxativa-facultativa, mas que simplesmente serve para as restringir ainda mais, já que a regra dos três passos só poderá ser usada para interpretar a enumeração dos números anteriores¹⁵² que afinal é taxativa ou facultativa, com concretizações nacionais que desta forma podem ser distintas, o que resulta numa aplicação incerta e menor segurança jurídica para o copista¹⁵³.

José Alberto Vieira conclui pela “impossibilidade lógica” da aplicação da regra dos três passos¹⁵⁴, já que este teste se reporta originalmente a um travão criado para impedir que Estados Outorgantes possam consagram limites amplos aos direitos de autor, que foi transfigurado num exame de caso concreto que não será útil, nem terá uma amostra suficiente, para aferir impactos patrimoniais aos direitos a tutelar.

Independentemente do mérito da posição do ilustre Professor, a regra dos três passos tem sido usada enquanto ferramenta interpretativa pelo TJUE que abordou a matéria no sentido restritivo¹⁵⁵ e é, para alguns autores, uma norma de aplicação concreta fruto do primado do Direito da União Europeia¹⁵⁶.

Analisemos de seguida os requisitos da regra dos três passos com base na legislação europeia e nacional, de acordo com as interpretações do TJUE e do Painel de Arbitragem da OMC, em relação a uma limitação na legislação americana desafiada pela União

¹⁵² Apontado um grande número de críticas às soluções consagradas na Diretiva, HUGENHOLTZ, Bernt, “Why the Copyright Directive is Unimportant, and Possibly Invalid”, *in* European Intellectual Property Review 11, 2000, págs. 501 e 502

¹⁵³ Usando a expressão da lei francesa, “copista”, embora em bom rigor, a regra dos três passos seja mais ampla que o direito de reprodução

¹⁵⁴ VIEIRA, José Alberto, “Download...”, *cit.*, págs. 555-557

¹⁵⁵ Tribunal de Justiça da União Europeia, Ac. *Kapper*, Processo C-476/01, de 29 de Abril de 2004, Ac. Comissão vs. Espanha, Processo C-36/05, de 26 de Outubro de 2006 e em particular para a matéria autoral, Ac. Infopaq International, Processo C-5/08, de 16 de Julho de 2009 e mais recentemente o Ac. ACI Adams, Processo C-435/12, de 10 de abril de 2014

¹⁵⁶ CORDEIRO, Pedro, “Limitações e excepções sob a “regra dos três passos” e nas legislações nacionais”, *in* APDI, *Direito da Sociedade de Informação*, Vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, 2002 e GOMES, Paulo Jorge, *op. cit.* págs. 156 e ss.

Europeia¹⁵⁷, para responder se uma reprodução deverá ser tida ou não enquanto reprodução lícita.

3.5.1. Certos casos especiais

Até ao momento, a jurisprudência do TJUE não se debruçou com rigor sobre este requisito em particular¹⁵⁸, pelo que nos iremos socorrer da arbitragem efetuada pela OMC, referente ao caso dos EUA para depois discorrer para a legislação europeia e nacional.

O Painel da OMC considerou que para que estejamos perante um “certo caso especial”, a legislação terá que ser claramente definida (“certos casos”) e deverá um escopo e um alcance restrito (“especiais”), tanto de um ponto de vista quantitativo, como qualitativo¹⁵⁹.

Sendo o nosso enfoque principal a consagração de limites relacionados com o direito de reprodução permanente, tal como mencionado no art. 5.º, n.º 2, alínea b), as considerações tecidas pelo painel da OMC em relação às transmissões pela Internet¹⁶⁰ não nos são particularmente úteis, já que se centram no direito de distribuição.

O painel rejeitou tecer considerações sobre a política legislativa norte-americana que poderia ou não justificar a limitação¹⁶¹.

A Diretiva 2001/29 estabelece no seu art. 5.º, nos n.º 1, 2, 3 e 4, casos em que é possível existirem limitações aos direitos patrimoniais de autor. A Diretiva consagra assim uma lista fechada de limitações. Portanto, os certos casos especiais deverão ser interpretados no sentido de incluir os casos plasmados nos n.º 1, 2, 3 e 4, art. 5.º da Diretiva, o que inclui o uso privado.

¹⁵⁷ Painel OMC de 15 de Junho de 2000, disponível em http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/1234da.pdf

¹⁵⁸ O TJUE no Ac. *Infopaq International* e no Ac. *ACI Adams* (supra citados) referiu-se algumas vezes ao requisito dos “certos casos especiais”, mas interpretando a regra dos três passos sempre de forma global, em conjunto com os seus outros dois requisitos.

¹⁵⁹ Parágrafos 6.109 e 6.112 do Painel OMC *supra* citado

¹⁶⁰ Parágrafos 6.149 a 6.153 *idem*

¹⁶¹ Parágrafo 6.112 *idem*

Quanto ao direito nacional, os arts. 75.º, n.º 4 e 81.º, alínea b) CDADC, curiosamente, não fazem referência ao requisito de limitações somente para “certos casos especiais”.

Independentemente das críticas já apontadas, a solução nacional é adequada, considerando que o catálogo de limites existentes no CDADC é fechado e exaustivo, ao bom estilo do *droit d’auteur*, o que retira grande parte da importância a este primeiro passo¹⁶², uma vez que o uso privado deverá sempre ser tido enquanto um “caso especial”, mesmo que tenha origem em fonte ilícita.

3.5.2. Inexistência de prejuízo na exploração normal da obra

O Painel da OMC começa por considerar que a exploração normal consistirá em algo menos que o proveito (económico) exclusivo das prerrogativas conferidas ao autor por ser o titular da obra¹⁶³. O problema desta consideração prende-se com a indefinição do que será um uso normal.

O Painel tenta responder a esta questão citando Ricketson, que remete para um critério de razoabilidade para depois concluir que a exploração normal da obra está ligada aos usos que geram um retorno económico significativo e tangível e também outras formas que tenham um significado económico e prático importante¹⁶⁴.

Assim, não são explorações normais aquelas que não entrem em concorrência económica com a capacidade do autor obter proveitos económicos significativos¹⁶⁵.

¹⁶² Comparando a solução da Diretiva no que toca à lista exaustiva de limitações, RICKETSON, Sam, “WIPO Study on Limitations and Exceptions of Copyright and Related Rights in the Digital Environment”, Standing Committee on Copyright and Related Rights, OMPI, Genebra, 2003, pág. 70-73

¹⁶³ “Therefore, “normal” exploitation clearly means something less than full use of an exclusive right”, parágrafo 6.167 do Painel OMC *supra* citado

¹⁶⁴ “(...) normal exploitation is to consider, in addition to those forms of exploitation that currently generate significant or tangible revenue, those forms of exploitation which, with a certain degree of likelihood and plausibility, could acquire considerable economic or practical importance”, parágrafo 6.180, *idem*

¹⁶⁵ Parágrafo 6.181 *idem*

Esta definição do Painel da OMC, quando confrontada com o uso privado poderá levantar alguns problemas de justificação, já que este limite contende com o direito patrimonial do autor e este vem impedir que o autor possa auferir proveitos económicos da cópia da obra, o que aliás faz sentido se pensarmos que existe direito a uma compensação equitativa.

Ou seja, a existirem somente preocupações económicas para aferir da normalidade da exploração, então o uso privado veria a sua existência em crise, uma vez que as teorias clássicas que o justificam, baseadas na impossibilidade de licenciar reproduções em larga escala ou porque as situações ocorrem no foro privado, não seriam passíveis de serem invocadas¹⁶⁶.

A Diretiva 2001/29 acaba por presumir a inexistência de uma exploração normal das obras nos casos de uso privado¹⁶⁷, pelas considerações tecidas no parágrafo anterior, mas principalmente porque o que há a tutelar são as utilizações públicas da obra.

Sendo que o uso privado é por definição não lucrativo (não profissional ou comercial), não poderá fazer parte de uma definição de normal exploração da obra, uma vez que a sua utilização não tem uma finalidade económica, mas sim cultural e, por conseguinte, de desfrute intelectual, embora não se possa exatamente dizer que não tem impactos económicos.

3.5.3. Prejuízo injustificado aos legítimos interesses do autor

O painel da OMC entendeu que devem ser afastados os limites injustificados aos direitos dos autores que causem um prejuízo económico que não seja razoável, já que admite que os limites criam tendencialmente algum grau de desproteção¹⁶⁸. O painel da OMC é útil ao clarificar os conceitos que este terceiro passo levanta, mas a sua concretização dependerá sempre da casuística da análise, ou seja, do caso em particular.

¹⁶⁶ Neste sentido, GINSBURG, Jane, "Toward Supranational Copyright Law? The WTO Panel Decision and the "Three-step Test" for Copyright Exceptions" *in* *Revue Internationale du Droit d'Auteur*, Janeiro 2001 e RICKETSON, Sam, op. cit., pág. 75

¹⁶⁷ Assim, RICKETSON, Sam, op. cit., pág. 75

¹⁶⁸ Neste sentido os parágrafos 6.220 e ss. do Painel da OMC *supra* citado

Como os limites restringem os direitos exclusivos do autor sobre a sua obra, é natural que estes queiram sempre impedir a profusão de atuações ao abrigo destes limites (como no caso das redes p2p) e é por isso que é necessário encontrar um equilíbrio entre aquilo que são os interesses dos autores e os beneficiários do limite.

A Diretiva 2001/29 acaba por encontrar um equilíbrio entre os dois interesses em jogo para o caso das reproduções privadas, tendo para isso garantido a existência de uma compensação equitativa que deverá ser atribuída aos artistas¹⁶⁹.

Considerando a gestão individual dos direitos de autor seria na prática muito tortuosa, os Estados-membros da UE implementaram o regime da compensação através de uma gestão coletiva que recolhe os proveitos da taxação de materiais ou aparelhos que permitem a cópia privada.

A par das medidas tecnológicas de proteção, o legislador europeu consagrou assim um regime realista que se apercebe das dificuldades de licenciamento individualizado que existiriam para os autores face à difusão em massa dos aparelhos que permitem a reprodução privada, principalmente com o advento da Internet. O balanço entre as duas posições deve portanto ser encontrado com níveis mais ou menos elevados de taxação através do regime da cópia privada, para tentar encontrar o ponto equitativo.

Tentar erradicar este regime de compensação equitativa do campo das reproduções privadas equivaleria a esvaziar a proteção conferida aos beneficiários da limitação.

Este efeito perverso prende-se com a impossibilidade de controlar e fazer cessar este tipo de práticas, pelo que o resultado prático será também a impossibilidade dos autores virem a ser compensados através do mecanismo da cópia privada digital. Criar-se-ia ainda outro incentivo perverso que passaria por uma guerra de litigância entre os titulares de direitos de autor e os beneficiários do limite da cópia privada digital, tal como é evidenciado por

¹⁶⁹ Artigo 5.º, n.º 2, alínea b) da Diretiva 2001/29/CE

gigantes casos que chegam aos tribunais norte-americanos por vezes envolvidos numa patente desproporcionalidade de interesses¹⁷⁰.

Só um sistema de compensação equitativa conseguirá encontrar um equilíbrio entre os interesses dos autores e os interesses dos beneficiários do uso privado enquanto limite ao direito de reprodução. Um qualquer outro resultado iria criar prejuízos elevados para ambas as partes e como tal não deverá ser admitido.

De tudo o *supra* exposto em relação à regra dos três passos, embora as suas raízes não se ancorem no sistema anglo-saxónico do *fair use* americano, a norma parece trazer uma lufada de ar fresco para o sistema¹⁷¹, facilitando a discussão substancial sobre se o objetivo de certa utilização deverá ser ou não admitida, não remetendo para uma discussão puramente normativista.

No entanto, a conjugação do elenco taxativo e a interpretação restritiva levada a cabo pelo TJUE, tem resultado numa retração das situações de utilização livre de obras e veio num constrangimento a uma eventual abertura a novas realidades tecnológicas¹⁷².

¹⁷⁰ Como é o caso documentado de uma senhora norte-americana que fez um *download* de um jogo que custará por volta de \$50, tendo recebido uma notificação do tribunal federal para resolver o caso após pagamento de um montante que terá ultrapassado os \$3000, MORTENSON, Gregory S., "BitTorrent Copyright Trolling: a Pragmatic Proposal for a Systemic Problem", in *Seton Hall Law Review*, Vol. 43, New Jersey, 2013, também em Portugal já se tentaram processos de litigância em massa contra desconhecidos, tendo o Departamento de Investigação e Ação Penal de Lisboa emitido despacho de arquivamento. Para mais casos em que os utilizadores são aterrorizados, NATHENSON, Ira S. "Civil Procedures for a World of Shared and User-Generated Content" in *University of Louisville Law Review*, Vol. 48, 2010, p. 925 e s. e ainda COTTER, Thomas F., "Fair Use and Copyright Overenforcement", Minnesota Legal Studies Research Paper No. 06-69, 2006, disponível em: <http://ssrn.com/abstract=951839>.

¹⁷¹ Neste sentido, PEREIRA, Alexandre Dias, "Direito de Autor e Liberdade de Informação", Coimbra, Almedina, 2008, p. 305-307.

¹⁷² Defendendo a aplicação de regras mais abertas e flexíveis, dando como caso paradigmático, o Canadá, que veio a tornar claramente lícita, a reprodução e partilha de CGU na Internet, HUGENHOLTZ, P. Bernt e SENFTLEBEN, Martin, "Fair Use in Europe: In Search of Flexibilities", 2011, disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1959554>, p. 29 e 30. Defendendo a aplicação de limitações ao direito norte-americano, GEIGER, Christophe, "Promoting creativity through copyright limitations: Reflections on the concept of exclusivity in copyright law" in *Vand. J. Ent. & Tech. L.*, Vol. 12, 2009, p. 547..

CAPÍTULO IV — A OBRA DERIVADA E OS CGU

No presente capítulo iremos introduzir a obra derivada e as faculdades de modificação e transformação, concluindo sobre a situação jurídica desta face aos CGU.

4.1 Considerações iniciais

Por vezes designado de “direito de adaptação” e para além dos exemplos indicados na lei portuguesa quanto a traduções, arranjos, instrumentações, dramatizações ou cinematizações, a obra derivada pode ainda consistir na criação de esculturas baseadas em fotografias, uma nova versão de um programa de computador ou a transformação de um *website*.

Uma das obras derivadas mais conhecidas da era pré-digital trata-se do *L.H.O.O.Q.* de Marcel Duchamp, também conhecido como *a Mona Lisa de Bigode*, tendo como obra original uma reprodução do já por si famoso retrato *Mona Lisa*. No entanto, com o advento da sociedade de informação e com a massificação de ferramentas digitais de edição de conteúdos, foi tornando-se sucessivamente mais fácil modificar e acrescentar conteúdo original a uma obra pré-existente. No caso das obras literárias, este fenómeno é especialmente visível no caso do *fandom*, onde os fãs de obras adaptam e criam novas narrativas usando a *doutrina* de obras pré-existente que apreciam como a saga *Harry Potter*. No caso de fotografias ou vídeos, os utilizadores de várias plataformas realizam

derivações de obras pré-existentes que são editadas de forma a dar um contexto diferente do original¹⁷³.

A Convenção de Berna reconhece este tipo de obras nos seus artigos 8.º (traduções) e 12.º (adaptações, arranjos e outras transformações), indicando que os autores de obras literárias ou artísticas gozam do direito exclusivo de as autorizar. A lei portuguesa reconhece as obras derivadas, embora não as nomeie como tais, logo no seu artigo 3.º:

ARTIGO 3.º Obras equiparadas a originais

1 - São equiparadas a originais:

a) As Traduções, Arranjos, Instrumentações, Dramatizações, Cinematizações e Outras Transformações de qualquer obra, ainda que esta não seja objecto de protecção;

(...)

2 - A protecção conferida a estas obras não prejudica os direitos reconhecidos aos autores da correspondente obra original.

Notamos a infeliz¹⁷⁴ formulação legislativa onde as obras derivadas são equiparadas a obras originais, tendo origem no n.º 3 do art. 2.º da Convenção de Berna. Ora, para que uma obra seja verdadeiramente derivada, ela terá que ter um *quantum* de originalidade bastante para se autonomizar da obra transformada e neste sentido, as obras derivadas são obras originais. Diferentemente, o direito norte-americano apresenta uma definição de obra derivada que a reconhece como obra original, nos termos do Título 17 do Código dos Estados Unidos, § 101:

A “derivative work” is a work based upon one or more preexisting works, such as a translation, musical arrangement, dramatization, fictionalization, motion picture version, sound recording, art reproduction, abridgment, condensation, or any other form in which a work may be recast, transformed, or adapted. A work consisting of

¹⁷³ Certas plataformas incentivam os seus utilizadores a combinar duas ou mais fotografias numa única, numa colagem, tal como <https://picsart.com/hashtag/remix>, consultado a 25 de abril de 2017. No caso dos vídeos, damos como exemplo o canal do *YouTube* que publica paródias com os *trailers* de filmes, *Honest Trailers*, tendo mesmo chegado a ser nomeado para um *Emmy* em 2016, <https://www.youtube.com/user/screenjunkies/>, consultado a 25 de abril de 2017.

¹⁷⁴ Considerando que se trata de uma “expressão infeliz”, ASCENSÃO, José de Oliveira, “Direito de Autor e Direitos Conexos”, cit, p. 122.

editorial revisions, annotations, elaborations, or other modifications which, as a whole, represent an original work of authorship, is a “derivative work”.

Regressando ao nosso CDADC, na sua alínea a), n.º 1 do art. 3.º, o legislador apresenta exemplos de obras derivadas, tais como as traduções, os arranjos, as instrumentações, as dramatizações, as cinematizações, mas considera que qualquer outro tipo de transformação de uma obra preexistente deverá ser tida como uma obra original. A mesma alínea esclarece ainda que, mesmo nos casos em que a obra preexistente estará excluída de proteção, a nova obra derivada será ainda assim tutelada. Tal poderá suceder nos casos mencionados no art. 7.º, como por exemplo, o relato de notícias ou os discursos políticos. Adicionalmente, tal poderá acontecer com obras que já caíram no domínio público ou que estejam oneradas por licença que permita transformações, tal como em diversas modalidades das licenças *Creative Commons*.

Sobre as obras derivadas, pronunciou-se o Tribunal da Relação de Lisboa em acórdão de 1984¹⁷⁵, ainda à luz do Código de Direito de Autor de 1966, onde a personagem do “Zé Povinho” criada por Bordalo Pinheiro foi transposta para um quadro de revista e certos elementos criativos deste quadro foram posteriormente reproduzidos pelo filme “A Flor e a Vida”. Em apelação, tribunal admite que o quadro de revista “Zé Povinho 78” é uma obra derivada do trabalho de Bordalo Pinheiro, mas que a nova expressão artística deve ser protegida uma vez que “o apelado lhe juntou uma parte apreciável da sua criação [do apelado, autor do quadro]” e que esses novos elementos criativos foram reproduzidos sem autorização no filme “A Flor e a Vida”.

4.2. Modificação e transformação

Decorrente do direito pessoal à integridade da obra encontra-se a faculdade de impedir modificações à obra. Nos termos do art. 56.º n.º 1, estas modificações não poderão desvirtuar a obra e afetar a honra ou reputação do seu autor¹⁷⁶. Lendo o art. 59.º

¹⁷⁵ Para um resumo deste acórdão e comentários *vide* “Direito de Autor: Gestão e Prática Judiciária”, Seminário organizado pelo Centro de Estudos Judiciários e Sociedade Portuguesa de Autores, Sociedade Portuguesa de Autores, Lisboa, 1989, p. 193 e ss.

¹⁷⁶ Curiosamente nos EUA, país que tradicionalmente não admitia a existência de direitos pessoais de autor, recentemente, o autor do *charging bull* que se encontra na baixa nova-iorquina acusou a Câmara Municipal da cidade de desrespeitar os seus direitos pessoais e afetar a integridade da sua obra e a sua razão de ser, após ter sido colocada a estátua *fearless girl* em frente ao touro, de forma desafiante.

poderemos chegar à conclusão que qualquer modificação não será permitida à obra, mesmo nos casos em que a utilização seja lícita.

Modificação não se confunde com transformação. A primeira importa a alteração da obra que atente contra os direitos pessoais do autor e a integridade da obra; a segunda importa a adaptação da obra preexistente e a criação de uma nova obra. Neste segundo caso, a nova obra não se confunde com a primeira e tem assim um significado económico mais intenso, justificando a sua inserção nas faculdades patrimoniais. É a diferença entre reescrever partes da narrativa de uma obra literária de *Tolkien* ou adaptá-la a cinema.

Decorrente do espaço de liberdade criativa que o autor da obra derivada aproveitou, a fruição caberá a este, exceto em caso de estipulação em contrário.

A transformação de uma obra implica a autorização do titular do autor da obra preexistente nos termos da alínea g), n.º 2 do art. 68.º. Adicionalmente, o autor retém o direito de autorizar transformações da sua obra ainda que tenha celebrado um contrato de edição. A lei exige ainda que as autorizações para qualquer transformação sejam feitas por escrito, em geral, segundo o n.º 2 do art. 169.º e, em especial, no caso das obras cinematográficas (art. 129.º) e no caso da fixação fonográfica ou videográfica, devendo ainda ser especificados os fins aos quais a transformação se destina (art. 146.º). Segundo o mesmo n.º 2 do art. 168.º, a autorização não se considera dada em exclusivo, exceto convenção em contrário. Nos termos dos nºs seguintes, o autor da obra derivada deve respeitar o sentido original da obra preexistente, mas terá liberdade para a modificar dependendo do fim a que a transformação é destinada, mas ainda assim não deverá desvirtuar o sentido original da obra.

Da análise destas das normas do art. 75.º poderemos ainda retirar as seguintes conclusões em relação à transformação.

Em primeiro lugar, a *transformação* da obra para efeitos meramente tecnológicos não se trata de uma obra derivada, como por exemplo, a sua encriptação ou duplicação, uma vez que tal se trata de uma reprodução. De igual forma, a *transformação* do formato ou

extensão digital (de .xls para .xlsx ou .pdf) não se trata de uma verdadeira transformação de obra uma vez que se trata de uma mera forma mecânica de arquivamento¹⁷⁷.

A norma da alínea l) admite a utilização da obra para fins publicitários, como seja a exibição pública ou a venda artística, pelo que é possível inferir que não só a reprodução mas também a transformação de uma obra poderá ser feita como o objetivo de promover o acontecimento, uma vez que é concebível que ao abrigo deste artigo, surja uma obra publicitária que reproduza e transforme a obra anterior que pretende promover, embora tal obra derivada não possa ser posteriormente usada para outros fins comerciais.

Adiante, é admitida a utilização de obras para efeitos de segurança pública ou processos administrativos, parlamentares ou judiciais, o que em abstrato permite a transformação da obra e portanto a emergência de obras derivadas, mas dado o escopo bastante restrito às mencionadas situações, não será fácil equacionar situações relevantes para os CGU.

Pode-se conceber igualmente o surgimento de uma obra derivada que decorra da liberdade de panorama (do alemão, *Panoramafreiheit*), conforme plasmada na alínea q) do artigo do CDADC que temos vindo a discutir, ou seja, quando terceiro crie uma nova obra baseada numa anterior que se encontre acessível em local público. A liberdade de panorama é aliás uma provisão bastante conturbada na União Europeia considerando que não foi alvo de harmonização, o que significa que os diversos países da União Europeia têm regras mais ou menos restritivas sobre o assunto. Na França, segundo o artigo L122-5, 11º do *Code de la propriété intellectuelle*, apenas são possíveis reprodução caso não exista intuito comercial¹⁷⁸. Em Portugal, a solução é mais permissiva, por não existir uma limitação dependente do intuito comercial e porque não se restringe apenas a utilização à reprodução. Assim, em Portugal, abre-se a porta à existência de obras derivadas e CGU que possam ser partilhados em rede.

¹⁷⁷ Neste sentido, PEREIRA, Alexandre Dias, “Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnodigital”, *cit.*, p. 532, dando como exemplo os formatos provenientes das aplicações *WordPerfect* e *Microsoft Word*.

¹⁷⁸ Outros países como a Itália não admitem a liberdade de panorama. Por outro lado, a solução Alemã (§59 do *Urheberrechtsgesetz*) é aproximada à solução portuguesa, embora especifique a reprodução, distribuição e comunicação ao público países. No Reino Unido (secção 62 do *Copyright, Designs and Patents Act 1988*) admite-se a liberdade de panorama de forma mais abrangente, estendendo-a também a locais interiores acessíveis ao público, como museus.

A inclusão episódica não será de considerar enquanto transformação da obra uma vez que esta surge apenas de forma fortuita¹⁷⁹ na nova obra, não operando qualquer transformação. Note-se que, como iremos analisar mais atentamente, nos E.U.A. esta situação só é admitida por via do *fair use*.

O n.º 3 do art. 75.º introduz uma curiosidade que se prende com a possibilidade de distribuição das obras que podem ser livremente utilizada. Parece-nos que a distribuição serve tanto para obras analógicas como digitais¹⁸⁰.

Assim, a lei nacional admite, ainda que em casos muitos específicos, a criação de obra derivada sem necessidade de autorização do autor, nos casos de publicidade para exibição ou venda de obra e no contexto da liberdade de panorama. Em sentido contrário, é perentório que a lei não admite na esmagadora maioria dos casos, a transformação da obra e a criação de obra derivada sem autorização do autor da obra preexistente.

Assim, depois de tudo o referido a respeito dos CGU e das utilizações livres, notamos que a esmagadora maioria dos CGU que sejam obras derivadas estejam efetivamente a violar o disposto na lei portuguesa e europeia.

Tais situações são particularmente problemáticas quando pensamos nos inúmeros conteúdos que existem à margem da lei autoral, mas que ainda assim são mantidos *online*, uma vez que os próprios autores não têm interesse em removê-los¹⁸¹. As obras derivadas de *fandom*, o que inclui *spinoffs* de conhecidas obras, escritas pelos seus fãs, ou *wiki* onde os utilizadores colaboram entre si para criarem bases de dados massivas sobre todos os pormenores dos universos dos quais são fãs, partilhando este conhecimento com os restantes aficionados, sem qualquer intuito lucrativo ou de aproveitamento das obras dos autores principais.

¹⁷⁹ “Inclusão acidental”, usando a terminologia de outras versões linguísticas da diretiva.

¹⁸⁰ Neste sentido, MELLO, Alberto de Sá, “Manual de Direito de Autor e Direitos Conexos”, cit., p. 207, embora em sentido contrário, AKESTER, Patrícia, op. cit., p. 155, ao indicar que o artigo 68.º apenas reporta o direito de distribuição aos exemplares tangíveis das obras, segundo a posição da Associação Fonográfica Portuguesa e Associação para a Gestão e Distribuição de Direitos.

¹⁸¹ Pensamos no caso do *wiki* e fórum westeros.com, sobre a saga Guerra dos Tronos, conforme estudado por SARIKAKIS, Katharine, KRUG, Claudia e RODRIGUEZ-AMAT, Joan, op. cit., que mergulharam neste *website* para estudar os comportamentos dos seus utilizadores em relação ao direito de autor.

Nestes termos, não podemos deixar de voltar a questionarmo-nos sobre se a atual legislação europeia não chega mesmo a ir além do interesse dos autores no contexto dos CGU.

Tais conclusões poderão ser diferentes em jurisdições de famílias jurídicas, como no caso dos países da *common law* e em especial dos E.U.A..

4.3. A realidade dos CGU nos E.U.A.: o *fair use*

O *copyright* norte-americano, fruto de uma longa evolução jurisprudencial iniciada em Inglaterra, em particular com a doutrina do *fair abridgement* de 1740¹⁸², veio mais tarde positivizar a cláusula do *fair use*, que permite uma utilização de obras, ainda que limitada, sem necessidade de obtenção de autorização junto dos seus autores, caso determinados requisitos estejam preenchidos. Nas próprias palavras do Título 17, do Código dos Estados Unidos § 107:

“(...) the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include—

(1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;

(2) the nature of the copyrighted work;

(3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and

(4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.

(...)”

¹⁸² No decisão do caso *Gyles vs. Wilcox* 26 ER 489, de 1740, decidiu o 1º Duque de Hardwicke que existem duas categorias de resumos, uma legítima e que pode ela mesma ser considerada uma nova obra e uma segunda, “colorida”, que não seria admissível.

Esta cláusula aberta, com o defeito de se tratar de transmitir pouca segurança jurídica aos diversos atores do direito de autor, tem o mérito de ser bastante adaptável¹⁸³, por via - não fosse aliás essa a sua origem - jurisprudencial.

No caso *Lewis Galoob Toys, Inc. vs. Nintendo of America, Inc. (Ninth Circuit Court of Appeals, 1992)*, foi estabelecido o princípio de que os utilizadores de jogos poderão modificar o código de um jogo protegido por direito de autor. A empresa *Galoob Toys* comercializava um *add-on* que permitia aos utilizadores de jogos da consola *NES* fazerem batota no jogo, por exemplo, tendo *vida* ilimitada. A *Nintendo* argumentou que esta prática resultava numa obra derivada não autorizada e, como tal, ilícita.

O Nono Circuito decidiu que a *modificação* do código não se tratava de uma obra derivada, mas apenas de uma mecânica diferente de jogar um jogo que tinha sido inicialmente adquirido à *Nintendo*, considerando que a situação era equivalente a fazer *fast forward* de um filme adquirido.

Num caso próximo, *Micro Star vs. FormGen Inc. (Ninth Cir., 1998)*, o tribunal teve um entendimento diferente e decidiu que a comercialização de um *CD* com mapas adicionais para o jogo *Duke Nukem 3D* (propriedade da *FormGen*), se tratava de uma obra derivada ao concluir que devia ser entendida como uma sequência, “contando novas histórias das aventuras fabulosas [da personagem chamada] de *Duke*”.

Após esta conclusão, o tribunal analisou se existia um *fair use* e se, ainda assim, não teria sido necessário obter autorização dos titulares do jogo, ou seja, dos autores da obra preexistente. O tribunal considerou, entre outros pontos, que o direito de criar sequelas foi afetado pela *Micro Star* e determinou que esta tinha infringido o direito de autor da *FormGen*. Num argumento adicional apresentado pela *Micro Star*, invocou-se que a autora do jogo tinha atribuído uma licença onde permitia que os seus utilizadores criassem conteúdos para o jogo.

No entanto, embora não tenha discutido da validade da licença, o tribunal concluiu que tal licença apenas mencionava que os CGU podia ser distribuídos gratuitamente, o que excluía a prática comercial da *Micro Star*. A pedra de toque que separa o caso *Galoob* e o

¹⁸³ Neste sentido, PEREIRA, Alexandre Dias, “Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnodigital”, cit., p. 532.

caso *Micro Star*, prende-se com a situação em que no primeiro caso a empresa estava a criar ferramentas que permitiam aos seus utilizadores criarem - hipoteticamente - obras derivadas, enquanto que no segundo era a própria empresa que diretamente criava essas obras derivadas e que, dado o seu intuito lucrativo, tornou a defesa através do *fair use* inadmissível.

Outra conclusão importante deste caso é a de que o *fair use* pode ser invocado não apenas para justificar a licitude de reproduções de obras protegidas, mas para outro tipo de utilizações, como a transformação. A solução continental europeia e, em especial, a portuguesa, como visto *supra*, passa apenas por admitir a *reprodução* num contexto de uso privado, mas não admite outras utilizações lícitas como a comunicação ao público ou a transformação.

No entanto, tal afirmação quanto ao intuito lucrativo não é por si só suficiente para afastar a existência de um *fair use*, sendo este apenas um dos critérios a ponderar durante a análise. No caso *Campbell vs. Acuff-Rose Music* (Supremo Tribunal Norte-americano, 1994), a banda *2 Live Crew* criou uma música baseada na obra *Oh, Pretty Woman* de Roy Orbison, mas o Tribunal considerou tratar-se de uma obra derivada com intuito comercial, mas ainda assim lícita, por se tratar de uma paródia. Este caso é especialmente importante para o nosso estudo uma vez que confirmou que o *fair use* cobre não apenas a faculdade da reprodução mas que pode também ser interpretado do sentido de admitir transformação à obra sem prévia autorização do titular do direito de autor, algo que aliás já poderia ser retirado do texto do *supra* citado preceito do § 107.

Este acórdão, bem como vários acórdãos posteriores foram grandemente influenciados por um artigo do juiz Pierre Leval, que defendeu as vantagens de uma cláusula aberta como o *fair use*, concedendo da existência de várias desvantagens, como a difícil identificação de regras que possam nortear a atuação dos vários *stakeholders* envolvidos, mas que são compensadas pela possibilidade da jurisprudência conseguir, com maior exatidão, identificar os limites do monopólio atribuído ao artista, que considera não serem ilimitados¹⁸⁴. Em relação à transformação de obras preexistentes, o autor defende um balanceamento de interesses, numa postura marcadamente utilitarista, onde será necessário pesar se a justificação utilizada pelo autor da obra derivada e que subjaz à

¹⁸⁴ LEVAL, Pierre N., "Toward a fair use standard" in *Harvard Law Review*, Vol. 103, n.º 5 (1990), p. 1105-1136, em particular p. 1135 e 1136.

utilização de uma obra protegida suplanta os “factores” do titular da obra preexistente, indicando ainda que quanto maiores os elementos retirados, mais difícil será fazer uma ponderação¹⁸⁵.

Ainda assim, numa evolução jurisprudencial recente, em *Righthaven v. Hoehn* (*Ninth Circuit*, 2013), embora não lidando diretamente com um assunto relacionado com transformação de obra, o tribunal considerou que uma reprodução integral de um artigo da *Las Vegas Review Journal* num fórum *online*, se tratava de um *fair use* para efeitos de comentário.

Esta análise é-nos útil ao ilustrar que existe uma ponderação de interesses que deve ser feita para saber se uma transformação é admissível, no entanto, o patamar de análise é muito baixo, na medida em que existem situações, como o resumo e a citação, que poderão não ser consideradas, na Europa Continental, como verdadeiras transformações. Ou melhor, as legislações começaram a positivar (com o objetivo de aumentar a segurança jurídica) sobre a admissibilidade da citação e dos resumos, dando uma clara indicação de que estes são admissíveis, ao contrário do que sucedeu nos E.U.A..

Num caso adicional, *Keeling v. Hars* (*Second Circuit*, 2015), o tribunal que uma obra derivada não necessitará da autorização do autor para ser passível de proteção enquanto obra protegida, quanto ao conteúdo original que acrescentou. O tribunal considerou que a adaptação teatral do filme *Point Break* (1991), por se tratar de uma paródia, estaria ao abrigo da doutrina do *fair use*.

Até muito recentemente, a jurisprudência norte-americana considerava o *fair use* como uma defesa afirmativa (*affirmative defense*), ou seja, a alegação de *fair use* deveria ser feita no âmbito do processo judicial, pela parte que utilizou a obra, através de uma argumentação que identifique se os requisitos do *fair use* estão preenchidos. Caso a argumentação seja admitida, tal permite ao utilizador defender-se contra a invocação de que estaria ilicitamente a utilizar obra alheia sem autorização.

No entanto, no caso *Lenz vs. Universal Music Corp.* (*Ninth Cir.*, 2015), o tribunal considerou que deverá existir por parte dos titulares dos direitos de autor, uma verificação

¹⁸⁵ *Idem, ibidem*, p. 1111 e 1112.

de boa fé sobre se a utilização da obra representa um *fair use*. No caso em concreto, a utilizadora do *YouTube*, Stephanie Lenz, publicou um vídeo de 29 segundos com o seu filho a dançar ao ritmo de um excerto da música “Let’s Go Crazy”, interpretada por Prince, que queria partilhar com a sua família. No entanto, no âmbito do *Digital Millennium Copyright Act*, a *Universal* apresentou um pedido de remoção à plataforma *YouTube*, em relação ao referido conteúdo que infringia os direitos de autor dos quais era titular, tendo o vídeo sido removido. Stephanie Lenz apresentou uma contra-resposta e, passadas 6 semanas, o vídeo foi colocado novamente *online*. Ainda assim, a utilizadora recorreu ao tribunal para obter um sentença declaratória em como estava a fazer uma utilização da obra com *fair use*.

O tribunal considerou assim que o *fair use* não é apenas uma “defesa afirmativa”, mas também um direito que estabelece uma exceção ao monopólio do autor sobre a obra¹⁸⁶, pelo que os titulares do direito de autor devem tentar averiguar se existe *fair use* antes de enviar um pedido de remoção de conteúdo. De um ponto de vista jus-autoral europeu, colocar na mesma frase “limite” e “exceção” pode gerar algum desconforto dada a enorme discussão em torno desta questão em relação ao uso privado, mas a génese da enunciação indica que, neste sentido, a interpretação do *fair use* está a assumir que este se trata de uma *limitação* ao direito de autor, o que aproxima esta cláusula, quanto à sua natureza, do uso privado.

Esta decisão teve como efeito aumentar o grau de escrutínio a que são sujeitos os pedidos de remoção de conteúdo, uma vez que os mesmos estavam a ser emitidos com pouca ou nenhuma ponderação, o que tinha o efeito nocivo de obrigar à retirada de conteúdos perfeitamente legítimos, o que resultava num constrangimento à liberdade de expressão dos seus utilizadores.

Do casos *supra* expostos, é possível analisar que existe uma abertura determinante da cláusula do *fair use*, que permite ao sistema uma maior flexibilidade para dar resposta às

¹⁸⁶ No caso em apreço, o Nono Circuito citou o caso *Bateman v. Mnemonics* (11th Circuit, 1996), “Although the traditional approach is to view “fair use” as an affirmative defense, this writer, speaking only for himself, is of the opinion that it is better viewed as a right granted by the Copyright Act of 1976. Originally, as a judicial doctrine without any statutory basis, fair use was an infringement that was excused — this is presumably why it was treated as a defense. As a statutory doctrine, however, fair use is not an infringement. Thus, since the passage of the 1976 Act, fair use should no longer be considered an infringement to be excused; instead, it is logical to view fair use as a right. Regardless of how fair use is viewed, it is clear that the burden of proving fair use is always on the putative infringer”.

áreas cinzentas do direito de autor, que as obras criadas no ambiente digital, em especial, para os CGU, tem tendência a originar. A jurisprudência norte-americana teve já a oportunidade de se pronunciar diversas vezes sobre assuntos concernentes às especificidades deste tipo de obras, em claro contraste com a realidade nacional ou mesmo europeia.

No entanto, o *fair use* não é - pleno menos na hermenêutica da *common law* hodierna - a “galinha dos ovos de ouro” que permite dar resposta a toda e qualquer questão científico-jurídica que possamos levantar, não só em abstrato, mas também analisando a própria realidade que o dia-a-dia da vida digital nos brinda com toda a sua pluralidade de ações que testa os limites do direito de autor. Dos diversos casos analisados, teriam sido várias as situações em que o sistema continental europeu e o seu elenco de exceções teria resolvido o quesito jurídico com uma base legal muito clara.

Estamos a falar nos casos da paródia em *Campbell vs. Acuff-Rose Music* ou da inclusão episódica em *Lenz vs. Universal Music Corp.*. De um ponto de vista do sistema norte-americano estamos certamente a falar de *landmark cases*, mas que certamente não o seriam no velho continente.

Embora exista uma “luz ao fundo do túnel” pela maior flexibilidade do sistema de *common law*, não podemos inferir que, até ao momento do presente estudo, a atual interpretação levada a cabo pelos tribunais possa ser considerada como revolucionária quando a comparamos com a realidade europeia. No entanto, as “sementes” têm vindo a ser colocadas, principalmente porque o *fair use* não se limita a admitir reproduções, uma vez que desde o caso *Campbell vs. Acuff-Rose Music*, a transformação - mesmo que com intuito lucrativo - pode ser livre, num contraste profundo com a realidade europeia.

CAPÍTULO V — POSSÍVEIS RESPOSTA DA UNIÃO EUROPEIA

No presente capítulo iremos analisar de que forma é que os principais problemas que atualmente envolvem os CGU poderão ser resolvidos pelo Direito de Autor. Nos E.U.A., o *fair use* tem-se apresentado como uma solução razoável dada a sua natureza mutável e adaptável às situações do caso contrário.

A Comissão Europeia admite que não existem estudos suficientes que demonstrem que tenham existido irregularidades no mercado ou efeitos inibidores do discurso *online* perante casos relacionais com CGU¹⁸⁷. Acompanhamos ainda a Comissão Europeia na constatação que os casos que chegaram a tribunal sobre os CGU têm sido poucos.

Considera ainda este órgão da União Europeia que alguns *landmark cases* dos Estados Unidos têm pouca importância no contexto do Direito Europeu uma vez que as exceções atualmente previstas no velho continente já comportam a paródia e as exibições acidentais. No entanto, nem todos os estados-membros acederam às mesmas exceções, pelo que em algumas são inexistentes ou limitadas¹⁸⁸.

A Comissão Europeia considera neste documento, que deverão ser ponderadas soluções políticas que passem pelo aumento da clareza e segurança jurídica das normas europeias.

¹⁸⁷ European Commission, “White Paper — A Copyright Policy For Creativity and Innovation in the European Union”, publicado em 2014, p. 13 e ss.

¹⁸⁸ Somos da opinião que em Portugal, a paródia tem um alcance reduzido face ao alcance inicial da Diretiva InfoSoc.

No seguimento destas considerações e mais recentemente, a Comissão Europeia divulgou a versão final da proposta de Diretiva sobre Direito de Autor no o Mercado Único Digital¹⁸⁹.

No entanto, as orientações iniciais do primeiro documento não foram vertidas para a proposta de Diretiva.

Pelo contrário, na exposição de motivos da Proposta de Diretiva é possível encontrar a ideia de que o *upload* de obras protegidas vai ser aliás mais restringido, obrigando-se as redes sociais ou as plataformas que alojam vídeos ou outras obras a criarem mecanismos que proteção que identifiquem se uma obra protegida foi carregada para o *website*. Estes mecanismos têm vindo a tornar-se populares ao permitirem que as referidas plataformas, através de um *hash*, ou seja, de um algoritmo, consigam perceber se o conteúdo que foi carregado corresponde ou é similar ao de uma obra protegida. Caso seja, o conteúdo não será carregado ou pelo menos será marcado potencial infração.

Nas palavras da própria Comissão:

“(...) os prestadores de serviços da sociedade da informação que armazenam e permitem o acesso a grandes quantidades de obras e outro material protegido carregados pelos seus utilizadores a obrigação de adotar medidas adequadas e proporcionadas com vista a garantir o funcionamento dos acordos celebrados com os titulares de direitos e impedir que se disponibilizem nos seus serviços conteúdos identificados pelos titulares de direitos, em cooperação com os prestadores de serviços”.

A proposta de artigo 13.º refere o seguinte:

“Artigo 13.º

Utilização de conteúdos protegidos por prestadores de serviços da sociedade da informação que armazenam e permitem o acesso a grandes quantidades de obras e outro material protegido carregados pelos seus utilizadores

¹⁸⁹ Documento COM(2016) 593.

1. Os prestadores de serviços da sociedade da informação que armazenam e facultam ao público acesso a grandes quantidades de obras ou outro material protegido carregados pelos seus utilizadores devem, em cooperação com os titulares de direitos, adotar medidas que assegurem o funcionamento dos acordos celebrados com os titulares de direitos relativos à utilização das suas obras ou outro material protegido ou que impeçam a colocação à disposição nos seus serviços de obras ou outro material protegido identificados pelos titulares de direitos através da cooperação com os prestadores de serviços. Essas medidas, tais como o uso de tecnologias efetivas de reconhecimento de conteúdos, devem ser adequadas e proporcionadas. Os prestadores de serviços devem facultar aos titulares de direitos informações adequadas sobre o funcionamento e a implantação das medidas, bem como, se for caso disso, sobre o reconhecimento e a utilização das obras e outro material protegido.

2. Os Estados-Membros devem assegurar que os prestadores de serviços a que se refere o n.º 1 estabelecem mecanismos de reclamação e recurso para os utilizadores, em caso de litígio sobre a aplicação das medidas previstas no n.º 1.

3. Os Estados-Membros devem favorecer, sempre que adequado, a cooperação entre os prestadores de serviços da sociedade da informação e os titulares de direitos através de diálogos entre as partes interessadas com vista a definir melhores práticas, tais como tecnologias adequadas e proporcionadas de reconhecimento de conteúdos, tendo em conta, entre outros, a natureza dos serviços, a disponibilidade das tecnologias e a sua eficácia à luz da evolução tecnológica.”

Em casos paradigmáticos como o *YouTube*, onde a acessibilidade aos conteúdos é pública, ou seja, é potencialmente realizada para toda a comunidade *online*, a medida poderá parecer certa.

No entanto, existem diversos casos em que esta medida poderá pecar por excessiva uma vez que o *hash* não identificará casos de utilizações livres (paródia, inclusão episódica, crítica) e será necessário um olho humano a analisar os conteúdos e a decidir se cumprem ou não a lei, por vezes, por pessoas sem preparação jurídica para interpretar e

aplicar a lei¹⁹⁰; o cumprimento da lei deverá ser deixado a cargo dos juizes dos estados-membros. Tal situação afigura-se como realista tendo em conta o caso anteriormente analisado nos E.U.A., *Lenz vs. Universal Music Corp. (Ninth Cir., 2015)*. Levantam-se igualmente problemas com os mecanismos de remoção e de recurso das remoções uma vez que poderão ter o efeito de resfriar a liberdade de expressão *online*¹⁹¹, conforme referido pelo Nono Circuito no *supra* mencionado caso.

Tecemos ainda dois comentários adicionais que se prendem em primeiro com o uso privado e em segundo lugar com o conceito de prestador serviços.

Em redes sociais como o *Facebook* onde os utilizadores partilham conteúdos com os seus amigos, parece-nos excessivo que este artigo 13.º possa ser validamente aplicado uma vez que se trata de um limite ao direito de autor, ou seja, uso privado.

A definição de prestador serviços também poderá gerar confusão e leva a incerteza jurídica em relação às restantes plataformas que fomos mencionando, ou porque as partilhas são efetuadas num âmbito privado, ou familiar ou porque os conteúdos aí disponibilizados são obras derivadas. E qual será a quantidade necessária para atingir uma “grandes quantidades de obras”? *Websites* de *fandom* ou wikis onde as obras derivadas foram publicadas sem autorização, mas ainda assim subsistem por vontade (não escrita) ou desinteresse do autor da obra original.

Assim, alinhamos com a tomada de posição do Instituto Max Planck para a Inovação e Competição, que refere que a tentativa de tentar regular e impor a lei contra os

¹⁹⁰ Desenvolvendo este tópico da perspetiva da responsabilidade civil, COSTA, João Pedro, “A responsabilidade civil pelos conteúdos ilícitos colocados e difundidos na Internet - Em especial da responsabilidade pelos conteúdos gerados por utilizadores”, dissertação de mestrado, Universidade do Porto, 2011

¹⁹¹ Indicando que esta situação já é problemática atualmente, à luz do Direito da União Europeia e interpretações do TJUE, GRIFFITH, Megan Elise, “Downgraded To “Netflix And Chill”: Freedom Of Expression And The Chilling Effect On User-Generated Content In Europe” *In Colum. J. Eur. L.*, Vol. 22, 2015, p. 379.

utilizadores da internet é especialmente hostil face a comportamentos que socialmente têm pouco de reprovável¹⁹².

Adicionalmente, deveria ter tornado claro que, no âmbito do uso privado, também o *upload* deverá ser permitido e compensado por mecanismos de compensação para os autores, mas também permite a transformação de obra para fins não comerciais e que não prejudiquem as fontes de rendimento da mesma, segundo a regra dos três passos¹⁹³.

¹⁹² Max Planck Institute for Innovation and Competition, “Part G — Use of Protected Content on Online Platforms, 2 de março de 2017, disponível em <http://www.ip.mpg.de/en/research/intellectual-property-and-competition-law/position-statement-modernization-of-european-copyright-rules.html>, consultado a 31 de março de 2017, p. 11. Também, indicando um movimento que reclama exceções para *data mining* e os CGU, MARTIN-PRAT, Maria, “The Future of Copyright in Europe” in Colum. J.L. & Arts, Vol. 38, n.º 1, 2014, p. 39.

¹⁹³ Em sentido próximo, JR., Glynn S. Lunney, “Copyright, Derivative Works, and the Economics of Complements” in VANDERBILT J. OF ENT. AND TECH. LAW Vol 12, n.º 4, 2009, p. 817.

CAPÍTULO V – CONCLUSÃO

Os Conteúdos Gerados pelo Utilizador (CGU) são fruto da revolução tecnológica digital e cultural que colocou os espectadores a produzirem ativamente bens culturais, através de formas colaborativas, instantaneamente partilháveis com o mundo.

Os CGU devem ser entendidos como informações partilhadas em rede, que podem ser obras protegidas por direito de autor, que são criadas pelos próprios consumidores de conteúdo e que são distribuídas em plataformas *online* que promovem moderam a partilha das obras e que promovem a crítica e o comentário.

Os CGU podem assumir diversas formas, nomeadamente textos literários, fotografias, música, vídeos, jornalismo cidadão, conteúdo educacional ou virtual.

Do ponto de vista do Direito de Autor, os CGU são em primeiro lugar relevantes na medida em que podem constituir obras protegidas por direito de autor. Neste sentido, deverá ser analisado, no caso concreto, o alcance do espaço de liberdade criativa que permitiu ao seu autor criar uma obra original. Caso seja possível afirmar que a obra encerra em si mesma individualidade bastante, estaremos perante uma obra protegida por direito de autor e que será regulada como as outras.

O conceito-cúpula dos CGU encerra obras com diversas formas de autoria, ou seja a autoria singular, por conexão ou colaborativa, sendo que esta última apresenta maiores problemas quanto ao exercício de direitos já que o grau massivo de contribuições poderá não permitir identificar os elementos originais inerentes a cada criador.

Em princípio a titularidade dos CGU pertencerá aos seus criadores intelectuais, podendo ser onerada por licenças ou transmitida derivadamente, sendo que os direitos pessoais se mantêm na pessoa do seu criador intelectual.

Caso os CGU não sejam obras cumpre analisar se a sua partilha nas plataformas *online* é permitida por utilização livre ou, em especial, o uso privado.

Outra classificação importante para os CGU prende-se com as obras derivadas, uma vez que os utilizadores da *Internet*, inspirados pela cultura *remix*, adaptam e transformam obras anteriores e, por vezes, sem obter a devida autorização do autor original que é necessária.

Dados os desafios de tutela decorrentes da prática de atos na esfera privada ou resultantes da imensidão que é tentar regular as atividades de utilizadores da *Internet*, a uma solução viável passaria pela indicação clara que o *upload* de obras com intuito privado é igualmente lícita.

Bibliografia consultada

AKESTER, Patrícia, “Código do Direito de Autor e Direitos Conexos Anotado”, Coimbra, 1ª edição, Almedina, 2017

ASCENÇÃO, José de Oliveira, “A Sociedade da Informação” in *Direito da Sociedade da Informação*, Vol. I, Coimbra, 1999

— “Novas Tecnologias e Transformação do Direito de Autor” in VIDE, Carlos Rogel (coord.), *Nuevas Tecnologías Y Propiedad Intelectual*, Madrid, Editorial Reus, 1999

— “Obra Audiovisual. Convergência de Tecnologias. Aquisição Originária do Direito de Autor” in *O Direito*, Vol. I, n.º 133.º, 2001, p. 9-30

— “Sociedade da Informação e Mundo Globalizado” in *Propriedade Intelectual & Internet*, coordenação Marcos Wachowicz, Curitiba, Juruá Editora, 2002

— “O Fair Use” no Direito Autoral, in *Direito da Sociedade de Informação*, Vol. IV, Coimbra Editora, 2003

— “Direito de Autor e Direitos Conexos”, Coimbra, 1ª edição (reimpressão), Coimbra Editora, 2012

BELDIMAN, Dana, “Utilitarian Information Works - Is Originality the Proper Lens?” in *Marquette Intellectual Property Law Review*, Volume 14, Número 1, 2010

BERG, Madeline, “The World's Highest-Paid YouTube Stars 2015” in *Forbes*, 14 de outubro de 2015, disponível em <http://www.forbes.com/sites/maddieberg/2015/10/14/the-worlds-highest-paid-youtube-stars-2015/#352302a4542c>, consultado em 14 de abril de 2016

CABAY, Julien e LAMBRECHT, Maxime, “Remix prohibited – How rigid EU copyright laws inhibit creativity” in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Oxford University Press, Volume 10, Número 5, 2015

CHASTRE, Leonor, “Criatividade no futuro” in *Direito de autor, que futuro na Era Digital?*, 1ª edição, Guerra e Paz, Lisboa, 2016

CLARK, Will. "Copyright, Ownership, and Control of User-Generated Content on Social Media Websites", Chicago: Seminar in *Entertainment Law*. IIT, Chicago College of Law, 2009

CORDEIRO, Pedro, “Limitações e exceções sob a “regra dos três passos” e nas legislações nacionais”, in APDI, *Direito da Sociedade de Informação*, Vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2002

COSTA, João Pedro, “A responsabilidade civil pelos conteúdos ilícitos colocados e difundidos na Internet - Em especial da responsabilidade pelos conteúdos gerados por utilizadores”, dissertação de mestrado, Universidade do Porto, 2011

COTTER, Thomas F., “Fair Use and Copyright Overenforcement”, Minnesota Legal Studies Research Paper No. 06-69, 2006, disponível em: <http://ssrn.com/abstract=951839>

DAWKINS, Richard, “The Selfish Gene”, 3ª edição, Oxford University Press, 2006

“Direito de Autor: Gestão e Prática Judiciária”, Seminário organizado pelo Centro de Estudos Judiciários e Sociedade Portuguesa de Autores, Sociedade Portuguesa de Autores, Lisboa, 1989

DESBOIS, Henri, “La propriété littéraire et artistique”, Paris, Armand Colin, 1953

DEUZE, Mark, “Convergence culture in the creative industries” in *International Journal of Cultural Studies*, Vol. 10, N.º 2, 2007, disponível em <http://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/1367877907076793>, consultado a 6 de abril de 2017

European Commission, “White Paper — A Copyright Policy For Creativity and Innovation in the European Union”, publicado em 2014

FIESLER, Casey, "Everything I need to know I learned from fandom: How existing social norms can help shape the next generation of user-generated content" in *Vand. J. Ent. & Tech. L.* Vol. 10, 2007

GASSER, Urs e ERNST, Silke, "From Shakespeare to DJ Danger Mouse: A Quick Look at Copyright and User Creativity in the Digital Age" in Berkman Center Research Publication N.º 2006-05, disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=909223>

GEIGER, Christophe, "Promoting creativity through copyright limitations: Reflections on the concept of exclusivity in copyright law" in *Vand. J. Ent. & Tech. L.*, Vol. 12, 2009

— "The Role of the Court of Justice of the European Union: Harmonizing, Creating and sometimes Disrupting Copyright Law in the European Union" in STAMATOUDI, Iran A. (edç.), *New Developments in EU and International Copyright Law*, Wolters Kluwer, 2016, p. 435-446

GINSBURG, Jane, "A Tale of Two Copyrights: Literary Property in Revolutionary France and America" in *Tulane Law Review*, Vol. 64, n.º 5, 1990, p. 991-1031

— "Toward Supranational Copyright Law? The WTO Panel Decision and the "Three-step Test" for Copyright Exceptions" in *Revue Internationale du Droit d'Auteur*, Janeiro 2001

GERVAIS, Daniel, "The Tangled Web of UGC: Making Copyright Sense of User-Generated Content" in *Vand. J. Ent. & Tech. L.*, Vol. 11, 2008

GOMES, Paulo Jorge, "A Partilha de Ficheiros na Internet e o Direito de Autor", Instituto Açoriano de Cultura, 2011

GRIFFITH, Megan Elise, "Downgraded To "Netflix And Chill": Freedom Of Expression And The Chilling Effect On User-Generated Content In Europe" in *Colum. J. Eur. L.*, Vol. 22, 2015

HARPER, Emily, "Music Mashups: Testing the Limits of Copyright Law as Remix Culture Takes Society by Storm" in *Hofstra L. Rev.* Vol. 39, 2010

HAYES, David L., “Advanced Copyright Issues on the Internet” in *Tex. Intell. Prop. L. J.*, Vol. 7, n.º 1, 1998-1999.

HETCHER, Steven, “User-Generated Content and the Future of Copyright: Part One- Investiture of Ownership” in *Vanderbilt Journal of Entertainment and Tech Law*, Vol. 19:4, 2008

HUGENHOLTZ, P. Bernt, “Why the Copyright Directive is Unimportant, and Possibly Invalid”, in *European Intellectual Property Review* 11, 2000

—“Flexible Copyright: Can EU Author’s Right Accommodate Fair Use?” in STAMATOUDI, Iran A. (ediç.), *New Developments in EU and International Copyright Law*, Wolters Kluwer, 2016, p. 417-433

HUGENHOLTZ, P. Bernt e SENFTLEBEN, Martin, “Fair Use in Europe: In Search of Flexibilities”, 2011, disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1959554>, p. 29 e 30

JR., Glynn S. Lunney, “Copyright, Derivative Works, and the Economics of Complements” in *Vanderbilt J. Of Ent. And Tech. Law*, Vol. 12, n.º 4, 2009

KATZ, Michael, “Recycling Copyright: Survival & (and) Growth in the Remix Age” in *Intell. Prop. L. Bull.*, Vol. 13, 2008

KASAPAKIS, Vlasios e GAVALAS, Damianos, “Investigating the effect of User Generated Content in pervasive games.” in *Computers and Communication (ISCC), 2016 IEEE Symposium on*. IEEE, 2016, disponível em <http://ieeexplore.ieee.org/document/7543718/>, consultado a 6 de abril de 2017

KOELMAN, Kamiel e HUGENHOLTZ, Bernt, “Online service provider liability for copyright infringement”, Workshop OMPI sobre responsabilidade do provedor de serviço, Genebra, 9 e 10 de dezembro, 1999: Organização Mundial de Propriedade Industrial, disponível em www.ivir.nl/publicaties/hugenholtz/wipo99.pdf

LEE, Edward, “Warming Up to User-Generated Content”, *University of Illinois Law Review*, Vol. 2008, No. 5, 2008

LEISTNER, Matthias, “Die „Metall auf Metall“-Entscheidung des BVerfG”, GRUR 2016

LESSIG, Lawrence, “Free Culture”, The Penguin Press, New York, 2004

— “Code 2.0”, Basic Books, Nova Iorque, 2006

— “Remix Culture”, Bloomsbury, London, 2008

LEVAL, Pierre N., “Toward a fair use standard” in *Harvard Law Review*, Vol. 103, n.º 5 (1990), p. 1105-1136

LUCAS, Henri-Jacques, LUCAS, André e LUCAS-SCHLOETTER, Agnès, “Traité de la propriété littéraire et artistique”, Paris, 4ª edição, LexisNexis, 2012

MAIER, Henrike, “Games as Cultural Heritage: Copyright Challenges for Preserving (Orphan) Video Games in the EU”, in *JIPITEC – Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, Vol. 6, n.º 2, 2015

MARQUES, Garcia, MARTINS, Lourenço, “Direito da Informática, Coimbra, Almedina, 2000

MARTIN-PRAT, Maria, “The Future of Copyright in Europe” in *Colum. J.L. & Arts*, Vol. 38, n.º 1, 2014

Max Planck Institute for Innovation and Competition, “Part G — Use of Protected Content on Online Platforms, 2 de março de 2017, disponível em <http://www.ip.mpg.de/en/research/intellectual-property-and-competition-law/position-statement-modernization-of-european-copyright-rules.html>, consultado a 31 de março de 2017

MELLO, Alberto de Sá, “Manual de Direito de Autor e Direitos Conexos”, Coimbra, 2ª edição atualizada e ampliada, Almedina, 2016

VICENTE, Dário Moura, «Cópia Privada e Sociedade da Informação», Texto proferido na F.D.L., em 11.11.04, no I Encontro Nacional de Bibliotecas Jurídicas, e em 19.07.05, no IV

Curso de Verão Sobre Direito da Sociedade da Informação, disponível em http://www.apdi.pt/pdf/copia_privada_e_soc_da_inf.pdf, consultado a 3 de fevereiro de 2015

MORTENSON, Gregory S., “BitTorrent Copyright Trolling: a Pragmatic Proposal for a Systemic Problem”, in *Seton Hall Law Review*, Vol. 43, New Jersey, 2013

NATHENSON, Ira S. “Civil Procedures for a World of Shared and User-Generated Content” in *University of Louisville Law Review*, Vol. 48, 2010

OCHOA, Xavier e DUVAL, Erik, “Quantitative Analysis of User-Generated Content on the Web” in *Proceedings of the First International Workshop on Understanding Web Evolution (WebEvolve2008)*, Pequim, 2008

PEREIRA, Alexandre Dias, “Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnodigital” in *Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica* 55, Coimbra Editora, Coimbra, 2001

— “Direito de Autor e Liberdade de Informação”, Almedina, Coimbra, 2008

— “Arquivos e bibliotecas digitais: os direitos autorais e a sentença Google” in *Revista de Direito Intelectual* nº 1 - 2014, APDI Associação Portuguesa de Direito Intelectual, Almedina, Lisboa

PHILLIPS, Jeremy, “Authorship, ownership, wikiship: copyright in the twenty-first century” in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Vol. 3, Nº. 12, 2008

PINTO, Rui, “Obras Não Protegida, Uso Privado e Utilizações Livres” in *Revista Jurídica*, n.º 16 e 17, 1992

RAJAN, Mira T. Sundara, “Moral Rights: Principles, Practice and New Technology”, Oxford University Press, Oxford, 2011

REBELLO, Luiz Francisco, “Introdução ao Direito de Autor”, Vol. I, 1ª Edição, Dom Quixote, Lisboa, 1994

RENDAS, Tito, “How Playboy Photos Compromised EU Copyright Law: The GS Media Judgment” in *Journal of Internet Law*, no prelo, disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2920677>, consultado a 27 de abril de 2017.

RICKETSON, Sam, “WIPO Study on Limitations and Exceptions of Copyright and Related Rights in the Digital Environment”, Standing Committee on Copyright and Related Rights, OMPI, Genebra, 2003

ROCHA, Maria Victória, “Contributos para a delimitação da “originalidade” como requisito de proteção da obra pelo direito de autor”, in *Ars Iudicandi Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheiro Neves*, Coimbra, Coimbra Editora, Vol II: Direito Privado, 2008

— “Breves Considerações sobre o futuro do Direito de Autor na Era Digital” in *Direito de autor, que futuro na Era Digital?*, 1ª edição, Guerra e Paz, Lisboa, 2016

ROSATI, Eleonora, “Originality in EU Copyright Full Harmonization through Case Law”, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013

SAMUELSON, Palmela, “Allocating Ownership Rights in Computer- Generated Works” in *University of Pittsburgh Law Review*, Vol. 47, 1985

— “Digital Media and the Changing Face of Intellectual Property Law” in *Rutgers Computer and Technology Law Journal*, Vol. 16, 1990

SARIKAKIS, Katharine, KRUG, Claudia e RODRIGUEZ-AMAT, Joan, “Defining authorship in user-generated content : copyright struggles in The Game of Thrones” in *New Media & Society*, novembro de 2015, disponível em <http://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/1461444815612446>, consultado a 4 de abril de 2017

SCACCHI, Walt, “Computer Game Mods, modders, modding, and the mod scene” in *First Monday*, 2010, consultado a 6 de abril de 2017, disponível em <http://dx.doi.org/10.5210/fm.v15i5.2965>

SCHONHOFEN, Sven, “Sechs Urteile über zwei Sekunden, und kein Ende in Sicht - Die "Sampling"-Entscheidung des BVerfG”, GRURPrax, 2016

SCHRICKER, Gerhard e LOEWENHEIM, Ulrich, “Urheberrecht: Kommentar”, Munique, 4ª edição, C.H. Beck, 2010

SIRINELLI, Pierre, “Exceptions and Limits to Copyright and Neighboring Rights”, WIPO, Genebra, 1999

STOKES, Simon, “Digital Copyright Law and Practice”, Oregon, 4ª edição, Hart Publishing, 2014

TRABUCO, Cláudia, “O Direito de Reprodução de Obras Literárias e Artísticas no Ambiente Digital”, Coimbra, Coimbra Editora, 2006.

TUSHNET, Rebecca, “Hybrid Vigor: Mashups, Cyborgs, and Other Necessary Monsters” *in I/S: A Journal for Law & Policy*, Vol. 6, 2010

VASCONCELOS, Pedro Pais de, “Proteção de Dados Pessoais e Direito à Privacidade”, *in* Direito da Sociedade da Informação, Vol. I, Coimbra Editora, 1999

VICENTE, Dário Moura, “Cópia Privada e Sociedade da Informação” *in* Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco, Coimbra, Coimbra Editora, 2004

— «Cópia Privada e Sociedade da Informação», Texto proferido na F.D.L., em 11.11.04, no I Encontro Nacional de Bibliotecas Jurídicas, e em 19.07.05, no IV Curso de Verão Sobre Direito da Sociedade da Informação, disponível em http://www.apdi.pt/pdf/copia_privada_e_soc_da_inf.pdf, consultado a 3 de fevereiro de 2015

VIEIRA, José Alberto, “Obras Geradas por Computador e Direito de Autor” *in* *Direito da Sociedade de Informação*, Vol. II, Coimbra, 2001

— “Download de obra protegida pelo Direito de autor e uso privado”, *in* Centenário do Nascimento do Professor Doutor Paulo Cunha”, Almedina, 2012

— “Direito de Sequência” *in* Revista do Direito Intelectual, n.º 1, 2015, p. 7-27

WINTER, Djônata e ROVER, Aires J., “A Revolução Tecnológica Digital e a Proteção da Propriedade Intelectual” *in* Propriedade Intelectual & Internet, coordenação Marcos Wachowicz, Curitiba, Juruá Editora, 2002

VINJE, Thomas, “Should we Begin Digging Copyright’s Grave?” *in* European Intellectual Property Review, 22.12, 2000 *apud* Kritharas, Theodoros, “The Challenge of Copyright in Information Society Copyright on the Internet: Current Legal Aspects” *in* Revue Hélienne de Droit International, n.º 1, 2003

WEBSTER, Andrew, “Minecraft is getting a new store for user-generated content” *in* The Verge, Nova Iorque, 10 de abril de 2017, disponível em <https://www.theverge.com/2017/4/10/15242732/minecraft-marketplace-announced-user-generated-content>, consultado a 10 de abril de 2017

WIELSCH, Dan, “Governance of Massive Multiauthor Collaboration - Linux, Wikipedia, and Other Networks: Governed by Bilateral Contracts, Partnerships, or Something in Between?”, JIPITEC 96, 2010

WONG, Mary W. S., ““Transformative” User-Generated Content in Copyright Law: Infringing Derivative Works or Fair Use?”, 11 Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law, 1075, 2008-2009

Working Party on the Information Economy, “Participative Web: User-Created Content”, Organisation for Economic Co-operation and Development, 2007, disponível em <http://www.oecd.org/internet/ieconomy/38393115.pdf>, consultado a 14 de abril de 2016.